



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون بأسكوط
قسم القانون الخاص

الشرط الجزائي

وراسة مقارنة بين

"الشريعة الإسلامية والقانون المدني"

إعداد

أ.د/ محمد أحمد بكر

أستاذ القانون المدني المساعد



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين الذي أمر بالوفاء بالعقود فقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ، وأشهد أن لا إله إلا الله جعل من صفات أولى الألباب أنهم يوفون بعهدهم ولا ينقضون الميثاق، والصلاة والسلام على رسول الله القائل فيما روى عنه: "المسلمون عند شروطهم؟، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً".

وبعد،،،

فإن الشريعة الإسلامية انفردت من بين سائر الشرائع التي أنزلها الله على عباده بواسطة أنبياء الله ورسله أنها الشريعة الخاتمة الصالحة لكل زمان ومكان، ومن مزايا هذه الشريعة أنها نظمت علاقة الإنسان بربه وعلاقته بنفسه، كما نظمت علاقة الإنسان بأخيه الإنسان، ومن وسائل تنظيمها للنوع الثالث من العلاقات أنها أمرت بالوفاء بالعقود والعهود وجعلت عدم الوفاء بالعهد أمارة من إمارات النفاق، هذا ولما كان موضوع الشرط الجزائي ذا أهمية عظيمة في الحياة العملية، حيث يقطع دابر النزاع حول مقدار التعويض، ويمثل وسيلة ضغط على المدين لتنفيذ التزاماته بما يحمله على احترام ما تعهد به والوفاء بما التزم به، ولذا نص رجال القانون على صحة هذا الشرط وأنه يجب الوفاء به، أما الفقه الإسلامي فإن هذه المسألة محل خلاف بين الفقهاء، فبينما يرى البعض صحته يرى البعض الآخر من الفقهاء بأنه شرط غير صحيح، ولما كان هذا الموضوع لا يزال مفتقراً إلى جهود جديدة لمعرفة وجه الحق



والصواب فيه، آثرت أن يكون بحثي بعنوان: "الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني"، وقد قسمت هذا البحث على النحو التالي:

فصل تمهيدى: تحديد مفهوم الشرط وبيان ماهية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ويشتمل هذا الفصل على ثلاث مباحث:

المبحث الأول: تحديد مفهوم الشرط في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الثاني: بيان ماهية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الأول: الشروط الصحيحة والشروط الباطلة في الفقه الإسلامي والقانون المدني. ويشتمل على عدة مباحث:

المبحث الأول: الشروط الصحيحة والباطلة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الشروط الصحيحة والباطلة في القانون المدني.

المبحث الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الثاني: حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

ويشتمل على عدة مباحث:

المبحث الأول: حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حكم الشرط الجزائي في القانون المدني.



المبحث الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الثالث: شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكييفه وموقف القاضى منه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

ويشتمل على أربعة مباحث:

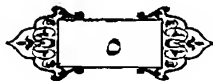
المبحث الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائى فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى. التكييف الشرعى والقانونى للشرط الجزائى.

المبحث الثانى: التكييف الشرعى والقانونى للشرط الجزائى.

المبحث الثالث: موقف القاضى من الشرط الجزائى فى الفقه الإسلامى والقانون.

المبحث الرابع: الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

خاتمة: وبينت فيها أهم نتائج البحث.





الفصل التمهيدي

تحديد مفهوم الشرط وبيان ماهية الشرط الجزائي

في

الفقه الإسلامي والقانون المدني

وينقسم إلى عدة مباحث:

المبحث الأول: تحديد مفهوم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الثاني: ماهية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي والقانون.

المبحث الثالث: الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.



المبحث الأول

تحديد مفهوم الشرط في الفقه الإسلامي والقانون

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: تحديد مفهوم الشرط في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: تحديد مفهوم الشرط في القانون المدني.

المطلب الأول

تحديد مفهوم الشرط في الفقه الإسلامي وبيان أنواعه

أولاً: معنى الشرط في اللغة:

الشرط في اللغة: مصدر بمعنى إلزام الشيء والتزامه وجمعه شروط، وبمعنى الشرط الشريطة، وجمعها الشرائط، والشرط بفتح السراء العلامة، والجمع أشراط^(١)، ومنه قوله تعالى ﴿فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾^(٢)، وفي القاموس المحيط: الشرط ما وضع ليلتزم به في بيع ونحوه، ولذا جاء المثل: الشرط أملك عليك أم لك، أي أن الشرط يملك صاحبه في إلزامه المشروط سواء كان له أم عليه^(٣).

(١) لسان العرب لابن منظور مادة: شرط ٢٢٣٥/٤، ط دار المعارف، المصباح المنير مادة: شرط ص ١١٨، ط مكتبة لبنان، القاموس المحيط مادة: شرط ٤٧٨/١، ٤٧٩، مجمع اللغة العربية.

(٢) سورة محمد الآية ١٨.

(٣) راجع: القاموس المحيط مادة: شرط.



ثانياً: تعريف الشرط فى اصطلاح الأصوليين والفقهاء:

عرف الإمام القرافى الشرط بأنه: "ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شئ من المناسبة فى ذاته"^(١)، وجاء فى فوائج الرحموت بشرط مسلم الثبوت قال الغزالى: "الشرط ما لا يوجد المشروط دونه، ولا يلزم أن يوجد المشروط عنده"^(٢)، ويطلق الشرط عند الفقهاء على ما يتوقف عليه وجود الشئ ولا يكون داخلاً فيه"^(٣)، كما يطلق على التزام المتصرف فى تنصرفه بأمر من الأمور زائداً على أصل التصرف، سواء أكان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لم يكن من مقتضاه، وسواء أكان فيه منفعة للملتزم له أو لغيره، أم لم يكن فيه منفعة لأحد"^(٤).

(١) تهذيب الفروق بهامش الفروق ٦٠/١ ط عالم الكتب.

(٢) فوائج الرحموت بشرح مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى للغزالى ٣٣٩/١، المطبعة الأميرية ببولاق، وراجع: نظرية الشرط فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى والقانون، د/ حسن الشاذلى، ط دار الاتحاد العربى للطباعة، ص ٤٧.

(٣) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ١٨٠/١ ط دار الفرقة، بيروت، لبنان، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، وحاشية بن عابدين عليه ٦٧/٢، دار إحياء التراث العربى.

(٤) راجع: بحث بعنوان (الشروط الشائعة وأحكامها فى الشريعة والقانون للدكتور/ زكى الدين شعبان بمجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع السنة ٢٥، ص ١.



ثالثاً: الألفاظ ذات الصلة بالشرط:

١- الركن: ركن الشيء في اصطلاح للفقهاء ما لا وجود لذلك الشيء إلا به، فالفرق بينه وبين الشرط أن الشرط يكون خارجاً عن الماهية، والركن يكون داخلاً فيها فهما متباينان.

٢- السبب: السبب في الاصطلاح ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته، فالسبب والشرط يلزم من عدمهما العدم ولكن للسبب يلزم من وجوده الوجود، ولا يلزم من وجود الشرط الوجود كصلاة الظهر سببها زوال الشمس، وشرطها الطهارة.

٣- المانع: ومعناه ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته، فهو بهذا المعنى عكس الشرط؛ لأن الشرط كما سبق - ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته^(١).

رابعاً: أقسام الشرط في الفقه الإسلامي:

للشرط أنواع متعددة باعتبارات مختلفة، ونقتصر على بيان هذه الأنواع من ناحية مصدره فهو من هذه الناحية ينقسم إلى قسمين:

أ - شرط شرعي. ب - شرط جعلى^(٢).

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة، ط دار الفكر، ص ٦٠، الموسوعة الفقهية الكويت، ٦/٥/٢٦.

(٢) د/ حسن الشانلي، المرجع السابق ص ٤٨، ٤٩، د/ عبد المحسن سعد الرويشد: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة تكتوراه في حقوق القاهرة ١٩٨٣م =



فالشرط الشرعي هو: الذي يكون اشتراطه بحكم الشارع أو ما كان توقف المشروط على وجود الشرط بحكم الشارع وجعله، ويشمل هذا النوع جميع الأمور التي اشتراطها الشارع في العبادات والمعاملات كالوضوء الذي جعله شرطاً لصحة الصلاة، وحضور الشاهدين الذي جعله شرطاً لصحة الزواج وما أشبه ذلك.

والشرط الجعلي: هو الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته أو هو ما كان توقف المشروط على وجود الشرط بفعل الإنسان وجعله مثل شروط الواقف والواهب والموصي، أو الشروط التي يكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين، كأن يبيع منزلاً على أن يسكنه شهراً مثلاً، ولا بد في الحكم الجعلي حتى يكون صحيحاً أن يكون غير منافي لحكم العقد أو التصرف وإلا كان شرطاً لاغياً مبطلاً للعقد^(١).

والشروط الجعلية أنواع:

أ- **الشرط المعلق:** هو كل شرط يعلق الإنسان فيه تصرفه على حصول أمر من الأمور، مثل: أن يقول إن سافرت إلى الخارج فقد وكلتك في بيع داري أو سيارتي.

ص ١٤، د/ محمود بلال مهران: الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط دار الثقافة ١٩٨٥م، ص ١٢، ١٣.

(١) د/ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي ١/ ١٠٠، ١٠١، ط دار الفكر، د/ زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ص ٢١٠، ٢١١، الموسوعة الكويتية ٢٦/ ٧، د/ زكي الدين شعبان نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، رسالة حصل مؤلفها على شهادة العالمية من درجة أستاذ في الفقه الإسلامي نوقشت ١٩٤٥م ط أولى ١٩٦٨م، دار النهضة العربية، ص ٣٢، ٣٣.



خصائص هذا الشرط:

١- أنه أمر زائد على أصل التصرف، ففي المثال المذكور نجد السفر إلى بلد آخر خارج عن عقد الوكالة، وليس له تأثير بذاته في وجود هذا العقد.

٢- أنه أمر مستقبل وذلك لأنه إذا علق تصرفه على أمر موجود وقت التعليق كان العقد منجزاً كما لو قال الآخر إن كان فلاناً مديناً لك بألف جنيه فأنا ضامن ويقبل الآخر ثم يظهر له أن فلاناً هذا كان وقتئذ مديناً له بهذا للمبلغ فيكون عقد الكفالة منجزاً^(١). فلا بد أن يكون هذا الأمر الذي علق عليه التصرف منجزاً^(٢).

٣- أنه أمر معدوم على خطر الوجود: ففي المثال السابق السفر إلى الخارج معدوم على خطر الوجود، ولكنه محتمل الوقوع في كل لحظة فهو على خطر الوجود، قد يوجد في أي وقت في المستقبل وقد لا يوجد^(٣).

ب- الشرط المقيد: هو الذي يهمننا في هذه الدراسة ومعناه أن يقتصر العقد أو التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عما يقتضيه

(١) يقول الإمام القرافي في الفروق، ط عالم الكتب، ج ١، ص ٧٧: (الشرط وجوابه لا يتعلقان إلا بمعدم مستقبل فإذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق يحمل على دخول مستقبل وطلاق لم يقع قبل التعليق إجماعاً...).

(٢) د/ حسن الشاذلي المرجع السابق ص ٥٠.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مؤسسة الحلبي ١٩٦٨م، ص ٣٦٧، د/ حسن الشاذلي المرجع السابق ص ٥٠.



العقد أو التصرف بناء على اشتراط الطرف الآخر بأى عبارة تفيد ذلك^(١).

خصائص هذا الشرط:

يتميز هذا الشرط المقترن بالعقد بالخصائص الآتية:

١- أنه أمر زائد على أصل التصرف، وهو ما يعنى انعقاد العقد بدون هذا الشرط ما دام ذلك الأمر زائداً عن أصل التصرف أو العقد.

٢- أنه أمر مستقبل، وذلك حتى يتمكن الطرف الملتزم من الوفاء به نحو الطرف الآخر وهو المشتراط، وإلا لم يكن فى اشتراطه فائدة ما دام أنه أمر واقع بالفعل.

٣- أنه أمر مقدور عليه، أى يكون فى استطاعة الملتزم بالشرط الوفاء به^(٢) أما اشتراط المستحيل فإن نصوص الشريعة تقضى بعدم جوازه قال تعالى ﴿لَا يَكْفُفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣)، وقال سبحانه: ﴿لَا يَكْفُفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾^(٤).

أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشرط المعلق والشرط المقيد:

يتضح لنا من خلال حديثنا عن خصائص كلا الشرطين التعليق، والشرط المقترن بالعقد أنهما يتفقان فيما يأتى:

(١) د/ محمود بلال مهران، المرجع السابق، ص ١٥.

(٢) راجع: د/ حسن الشاذلى، المرجع السابق ص ٥١، ٥٢، د/ محمود بلال مهران، المرجع السابق، ص ١٥.

(٣) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

(٤) سورة الطلاق الآية ٧.



١- أن كلاً منهما قد شرطه المتصرف بإرادته واختياره، ويخرج بذلك الشرط الذي يقضى به الشارع.

٢- أن كلاً منهما أمر زائد على أصل التصرف، بمعنى أن وجود العقد لا يتوقف على وجود أي منهما، كما أن كلا منهما لا يؤثر في وجود العقد بذاته.

٤- أن كلاً منهما أمر مشروع، فالشريعة الإسلامية التي تقضى بالوفاء بالشروط لا تسمح بصحة شرط يخالف تعاليمها فكل شرط يحل حراماً أو يحرم حلالاً باطل أخذاً من قوله -ﷺ-: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"^(١).

وأنهما يختلفان في أن شرط التعليق لا عمل له في آثار العقد وأحكامه "فبعد تحقق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح العقد كأن لم يكن به شرط وينتج جميع آثاره وأحكامه، فعمل شرط التعليق إنما هو في المرحلة التي تبدأ بصيغة العقد وتنتهي بتحقيق الشرط، وبعد أن يتحقق الشرط يكون العقد قد تخلص من أثر شرط التعليق وأصبح نافذاً منتجاً لآثاره وأحكامه"^(٢).

(١) رواه أبو داود في باب الصلح ٤/ ١٩، ٢٠، رقم ٣٥٩٤، دار الحديث، كما أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب الصلح، وقال حديث حسن صحيح، ج ٣، ص ٦٣٤، ٦٣٥، رقم ١٣٥٢، المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، كما رواه ابن ماجه ٢/ ٧٨٨ رقم ٢٣٥٣ باب الصلح، ط دار إحياء التراث العربي.

(٢) د/ حسن الشاذلي المرجع السابق ص ٥٥، د/ محمود بسل مهران، المرجع السابق، ص ١٠٥، ١٦.



وأما الشرط المقترن بالعقد فإن عمله يظهر في آثار العقد أو التصرف، فإذا تزوجت امرأة واشترطت على زوجها إلا يسافر بها فإن أثر هذا الشرط لا يظهر إلا بعد تمام الزواج، وهكذا بالنسبة لبقية الشروط المقتنة بالعقد^(١).

ومما سبق يتضح لنا أن الشرط الجعلي يتسع لكل من شرط التقييد وشرط التعليق وكلاهما قد يكون واقفاً أو فاسخاً^(٢).

(١) د/ محمود بلال مهران، المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) د/ محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٠م، ص ٣٠.



المطلب الثاني

تحديد مفهوم الشرط في القانون المدني، وبيان أنواعه

أولاً: مفهوم الشرط في القانون المدني:

يطلق الشرط في لغة القانون على عدة معان: فقد يقصد به كل العناصر اللازمة لانعقاد العقد وصحته، فيقال مثلاً: إن للعقد شروطاً هي الرضا والمحل والسبب، وقد يقصد به: الحكم الذي يتفق العاقدان صراحة أو ضمناً على اتباعه فيما يتعلق بجزئية من جزئيات تطبيق العقد وذلك كشرط ضمان الاستحقاق، وأخيراً: قد يقصد بالشرط أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع، يعلق على تحققه وجود الالتزام أو زواله.

وهذا المعنى هو المقصود بالشرط الذي يلحق بالالتزام ويجعله التزاماً موصوفاً، فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط واقفاً، أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وجود الشرط كان الشرط فاسخاً^(١).

ثانياً: أنواع الشرط في القانون:

اتضح لنا مما سبق أن الشرط نوعان، فهو إما شرطاً واقفاً، وإما شرطاً فاسخاً، فالشرط الواقف هو الذي يعلق على تحققه وجود الالتزام وعلى تخلفه انعدامه، والشرط الفاسخ هو الذي يعلق على تحققه زوال الالتزام، وعلى تخلفه وجود الالتزام، ويرجع اعتبار الشرط واقفاً أو

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ط دار إحياء التراث العربي ١٩٥٨م، جـ ٣، ص ٧، د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني (أحكام الالتزام) ط دار الكتب القانونية ١٩٩٢م، جـ ٤، ص ٤٩٣، ٤٩٤.



فاسخاً إلى إرادة المتعاقدين وما قصدها بربط الالتزام به، لأن الأمر الواحد يصلح أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً حسب قصد العاقدين.

وتقسيم الشرط إلى واقف وفاسخ إنما هو من حيث طبيعته، أما من حيث تدخل الإرادة في إحداث هذا الشرط فهو إما شرطاً احتمالياً، وإما شرطاً إرادياً^(١) فالشرط الاحتمالي يتوقف تحققه على محض الصدفة بفعل عوامل خارجية عند الإرادة^(٢).

وأما الشرط الإرادي فهو إما أن يكون شرطاً إرادياً بسيطاً، أو شرطاً إرادياً محضاً، فالشرط الإرادي البسيط يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام، ولكن هذه الإرادة مقيدة بظروفها وملابساتها فإرادة المشتري في الزواج ليست مطلقة، إذ الزواج تحوط به الظروف والملابسات الاجتماعية والاقتصادية، أما الشرط الإرادي المحض فهو إما أن يتعلق بإرادة الدائن وحينئذ يكون شرطاً صحيحاً وإما أن يتعلق بمحض إرادة المدين، فإذا كان شرطاً فاسخاً فهو شرط صحيح، وإذا كان شرطاً واقفاً فهو شرط باطل.

(١) د/ هاشم عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه نوقشت بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٩م، ص ٣٥، ٣٦، د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ١٧، ١٨.

(٢) د/ هاشم عبد المقصود رسالته السابقة ص ٣٦.



وهناك نوع ثالث يضاف إلى الشرط الاحتمالي، والشرط الإرادي، وهو الشرط المختلط، وهو الذي يتعلق حدوثه بإرادة أحد المتعاقدين وإرادة الغير معاً، كما يتعهد بهبه مالى لآخر إذا تزوج من فتاة معينة^(١).

ثالثاً: مقومات الشرط:

يؤخذ من تعريف الشرط بالمعنى الذي يجعل منه وصفاً من أوصاف الالتزام أنه لابد من توافر صفات معينة فى الأمر الذي يصلح شرطاً وهى:

- ١- أن يكون أمراً مستقبلاً.
- ٢- غير محقق الوقوع.
- ٣- مشروعاً.
- ٤- أن يكون أمراً عارضاً.

ونعرض لهذه المقومات الأربعة على النحو التالي:

١- يجب أن يكون الشرط أمراً مستقبلاً؛ لأن المستقبل وحده هو الذي تتحقق معه الصفة الثانية، وهو كونه غير محقق الوقوع، ويكون الشرط أمراً مستقبلاً إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل، وعلى ذلك إذا كان وجود الالتزام قد علق على أمر وقع فعلاً فى الماضى أو على أمر حاضر يتحقق وقت قيام التصرف، فإن الالتزام يقوم منجزاً، ولا تعتبر الواقعة شرطاً، كأن يهب الأب منزلاً

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط المرجع السابق، ص ١٨، د/ هاشم عبد المقصود سعد فى رسالته السابقة، ص ٣٦.



لزواج ابنته على أن تفسخ الهبة إذا طلقها، وكانت قد طلقت من قبل دون علم الأب فإن الالتزام لا يقوم أصلاً^(١).

٢- أن يكون أمراً غير محقق الوقوع: يلزم أن يكون الشرط أي الأمر الذي علق عليه وجود الالتزام أو زواله، غير محقق الوقوع، فإذا كان محقق الوقوع لا يعد شرطاً بل أجلاً، وكذلك لا يكون شرطاً إذا كان الأمر مستحيل الوقوع، وإنما يكون الشرط أمراً محتمل الوقوع لا محققاً ولا مستحيلاً، وقد لا ينصرف التحقق إلى وقوع أمر معين بل إلى تاريخ الوقوع، فالموت آت لا ريب فيه ولكن تاريخ تحققه غير معروف فإذا علق الالتزام على حصوله في ميعاد معين كان شرطاً لا أجلاً باعتبار أن موته في هذا الميعاد أمر غير محقق^(٢).

٣- يجب أن يكون الشرط مشروعاً: وهو يكون كذلك إذا كان غير مخالف للنظام العام والآداب، وإلا كان باطلاً ولا يقوم الالتزام الذي علق وهذا إذا كان للشرط ولقفاً، كمن يلتزم قبل آخر بمبلغ من المال إذا ارتكبت هذا الآخر جريمة، حيث يقوم هذا الشرط مقام للبائع الدافع إلى التعاقد، فيبطل التصرف وبالتالي لا يقوم الالتزام، أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخاً، فينبغي أن نفرق بين ما إذا كان

(١) د/توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ٩٦/٢ ط ١٩٨٥م، د/محمد شكرى سرور: موجز الأحكام العامة للالتزام، ط دار الفكر العربى فقرة ٢٠٥، ص ١٥٤، ١٥٥.

(٢) د/السنهورى، الوسيط المرجع السابق ١٥/٣، د/توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٩٧، د/جلال العوى: أصول أحكام الالتزام والإتبات، ط منشأة المعارف، ص ١٧٦، د/سليمان مرقس، المرجع السابق ٢٤٣، ص ٥٠٣، ٥٠٤.



الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام، وبين ما إذا لم يكن كذلك، ففي الحالة الأولى لا ينشأ الالتزام ولا يكون له وجود، وفي الحالة الثانية -وهي نادرة- فإن الشرط نفسه هو الذي يبطل، وبالتالي يصير الالتزام باتاً غير موصوف، ويلاحظ أن الشرط المستحيل يأخذ حكم الشرط غير المشروع في التفرقة بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ، فإذا كان الشرط المستحيل واقفاً منع من نشوء الالتزام، وإن كان فاسخاً يلغى ويعتبر الالتزام منجزاً.^(١)

٤- الشرط أمر عارض: يدخل في مقومات الشرط، بحكم أنه وصف يلحق الحق بعد تكوينه، أنه أمر عارض يلحق عنصراً جوهرياً من عناصر الحق ومعنى قول الشرط أمراً عارضاً أنه وصف يدخل على الحق بعد تمامه وتكامل عناصره، فيكون الشرط أمراً عارضاً لا يساهم في تكوين الحق ذاته، بل يضاف إليه بعد تكوينه، ويمكن تصور الحق دونه، فالشرط إذن باعتباره أمراً عارضاً، قد يوجد وقد لا يوجد، وهو إذا وجد فإن الحق يصبح موصوفاً، وإذا لم يوجد كان الحق بسيطاً منجزاً ولم يتوقف وجوده على وجود الشرط.^(٢)

(١) د/ السنهاوري، المرجع السابق فقرة ١٣ ص ٢٣، ٢٢، ٢١، د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٩٩، ٩٨، د/ سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٢٤٧ ص ٥١٠، ٥١١.

(٢) السنهاوري، الوسيط المرجع السابق، فقرة ١ ص ٢٤، ٢٣.



المبحث الثاني

بيان ماهية الشرط الجزائي

في الفقه الإسلامي والقانون

إن الحكم على الشيء فرع تصوره فلا بد أن يسبق الحكم على الشرط الجزائي بيان ماهيته، وهو ما سنتحدث عنه في المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول

ماهية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

يعد الشرط الجزائي من المصطلحات الحديثة التي لم تكن متداولة لدى فقهاء المسلمين، لكن معناه ومدلوله موجود فيه، حيث جاء ذكره في صور مسائل فقهيه، وأول وجود له في الفقه الإسلامي يؤخذ مما جاء في صحيح البخاري عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه أدخل ركابك فإن لم أرحل معك في يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح (من شرط على نفسه طائعاً غير مكروه فهو عليه).^(١)

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم وبينوا الأغراض التي تدعو إلى الأخذ بالشرط الجزائي، ومن ذلك ما نكره الأستاذ مصطفى الزرقاء^(٢) في كتابه "المدخل الفقهي العام" أنه في

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٤١٧/٥، ط الريان د/ طلبة وهبة خطاب: أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، ط دار الثقافة الجامعية ١٩٩١م، ص ١٠٣، ١٠٤.

(٢) المدخل للفقه العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ج ٢ فقرة ٣٨٦ ص ٧١٠، ٧١١، مطابع ألف باء الأديب دمشق، وانظر بحث عن الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة=



وأخير العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا وتطورت أساليب التجارة الداخلية والمصانع وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة من قبل كإمتياز المؤلف والمخترع، وكل ذي أثر فني جديد في استثمار كتابه أو مخترعاته، أو آثاره الفنية، مما يسمى بالملكية الفكرية والأدبية والصناعية، واحتاج أصحاب هذه الحقوق والإمتيازات إلى بيعها والتنازل عنها لغيرهم من القادرين على استثمارها إلى أن قال وقد ازدادت أيضاً قيمة الزمن في الحركة الاقتصادية، فأصبح تأخر أحد المتعاقدين أو امتناعه عن تنفيذ التزامه في مواعيدها المشروطة مضراً بالطرف الآخر في وقته وماله أكثر مما قبل ثم انتقل إلى القول بأنه لا يعوض هذا الضرر القضاء على الملزم بتنفيذ الالتزام الأصلي؛ لأن هذا القضاء إنما يضمن أصل الحق لصاحبه، وليس فيه جبر لضرر التعطيل أو الخسارة، ذلك الضرر الذي يلحقه من جراء تأخير خصمه عن وفاء الالتزام في حينه تهوئاً منه أو امتناعاً، وهذا قد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه، ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي "الشرط الجزائي" اهـ.

والحديث عن ماهية الشرط الجزائي يستلزم أن نعرف الشرط الجزائي وأن نبين الفرق بينه وبين ما يشبه به والأغراض الداعية إليه.

كبار العلماء بالملكة العربية السعودية ج ١ مكتبة السنة ط أولى ١٩٩٤م، حيث أورد مقال الزرقاء ص ١٠٢، ١٠٣.



أولاً: تعريف الشرط الجزائي:

تكر الدكتور زكي الدين شعبان في تعريفه للشرط الجزائي بأنه فرد من أفراد إحدى المعاني التي يطلق عليها الشرط في الفقه الإسلامي، وهو الالتزام بأمر من الأمور زائداً على صيغة العقد.^(١) ويمكننا أن نعرف الشرط الجزائي بأنه: "مبلغ من المال يتفق عليه المتعاقدان، يستحقه الدائن عند إخلال المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخره في هذا التنفيذ.

ثانياً: الفرق بين الشرط الجزائي وبين ما يشته به:

يختلف الشرط الجزائي عن العربون، فالشرط الجزائي تعويض يتفق عليه المتعاقدان جبراً للضرر الذي يلحق أحدهما من جراء إخلال الآخر بتنفيذ التزامه، أما العربون فهو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن وإن لم يأخذها فذلك للبائع^(٢) فالفرق بينهما أن الشرط الجزائي لا يستحق إلا إذا حصل ضرر للدائن، أما العربون فإن المتعاقد يلتزم بدفعه ولو لم يترتب على العدول ضرر.

ثالثاً: الأغراض الداعية إلى الشرط الجزائي:

يهدف الشرط الجزائي إلى تحقيق أغراض تبرر القول بجوازه في للفقه الإسلامي وأبرز هذه الأغراض ما يلي:

(١) راجع د/ زكي الدين شعبان في بحثه عن الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، السنة الأولى العدد الثاني ١٣٩٧هـ / يونيو ١٩٧٧م، ص ١٢٥.

(٢) المغني لابن قدامة ٥١٨/٤ ط دار الغد العربي.



- ١- يؤدي الشرط الجزائي دوراً لا ينكر في تنفيذ العقود وحفظ الحقوق وعدم التلاعب بالالتزامات.
- ٢- تعويض الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في هذا التنفيذ أي أنه عقوبة مالية في مقابل الإخلال.
- ٣- أن الله سبحانه وتعالى قد أمرنا بالوفاء بالعقود والعهود والشرط الجزائي يعد وسيلة لتحقيق هذا الهدف، وهو يسد باب الفوضى والتلاعب بحقوق العباد.^(١)

(١) راجع د/ عبد المحسن سعد الرويشد، للشرط الجزائي في الفقه الإسلامي رسالة نوقشت بكلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٨٣م ص ٦٠٥ والشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، مكتبة السنة ط أولى ١٩٩٤م، ٢١١/١.



المطلب الثاني

ماهية الشرط الجزائي في القانون المدني

قد لا يترك المتعاقدان حرية تقدير مقدار التعويض إلى القاضي كما هو الأصل بل يعمدان إلى الاتفاق مقدماً على تقدير هذا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بالتزامه، وهذا هو التعويض عن عدم التنفيذ أو على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا تأخر المدين في تنفيذ التزام وهذا هو التعويض عن التأخير، هذا الاتفاق مقدماً على التعويض يسمى بالشرط الجزائي^(١) وهو كثير الوقوع في الحياة العملية^(٢).

وسمى الشرط الجزائي بهذا الاسم لأنه يوضع عادة كشرط ضمن شروط العقد الأصلي الذي يستحق التعويض على أساسه، وغالباً ما يكون الشرط الجزائي مبلغاً من النقود، ولكن ليس هناك ما يمنع أن يكون أمراً آخر غير النقود^(٣).

(١) د/ السنهاوري الوسيط، المرجع السابق ط دار التراث العربي فقرة ٧٧؛ ص ٨٥١، د/ فريد عبد العزيز فرج: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات فقرة ٦٥ جـ ٢ ص ٦٢، ط دار النهضة العربية.

(٢) فمثل هذا الاتفاق نصادفه عادة في عقود المفاولة والنقل، فكثيراً ما يشترط صاحب العمل على المفاول دفع مبلغ معين عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم العمل المعمود إليه، وكثيراً ما نجد شروطاً في تعريفات النقل المختلفة تحدد التعويض الذي يستحق عند فقد البضاعة، راجع د/ فريد عبد المعز ص ٢، د/ سيد سعد عبد السلام: أحكام الالتزام، الناشر دار النهضة ص ٦٣.

(٣) د/ سعيد سعد عبد السلام، أحكام الالتزام الإثبات، الناشر دار النهضة سنة ٢٠٠٠م، ص ٦٣.



وحديثنا عن ماهية الشرط الجزائي يستلزم تعريفه، والفرق بينه وبين ما يشته به، وأغراض هذا الشرط.

أولاً: تعريف الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي أخذاً مما تقدم هو اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير فيه، ويأخذ عادة صورة بند أو شرط في عقد، لكنه قد يرد في اتفاق لاحق^(١).

ثانياً: الفرق بين الشرط الجزائي وبين ما يشته به:

قد يشته الشرط الجزائي بالعربون، ومع ذلك يجب التمييز بينهما، فالشرط الجزائي هو تعويض اتفاقي عن الضرر الذي يلحق بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، أما دفع العربون فهو ليس وفاء بتعويض وإنما يعني أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون فقدده، وإذا عدل عن قبضه رد ضعفه، ولو لم يترتب على العدول ضرر، وفي هذا يفترق العربون عن الشرط الجزائي.

كذلك يجب التمييز بين الشرط الجزائي والصلح، فالاتفاق اللاحق لا يكون شرطاً جزائياً إلا إذا تم قبل وقوع الإخلال الذي يقدر التعويض

(١) د/ محمد شكري سرور: موجز الأحكام العامة للالتزام ط دار الفكر ص ٦٣، د/

سليمان مرقس ١: الوافي في شرح القانون المدني، ط ١٩٩٢م بيروت لبنان فقرة

٩٤ ص ١٧٧، د/ أحمد شرف الدين: أحكام الالتزام والإثبات، فقرة ٢٩، ص ٨٤

(أحكام الالتزام والإثبات) بدون تاريخ.



عنه، أما الاتفاق بعد وقوع الضرر على مقدار التعويض فتفسرى عليه أحكام الصلح.^(١)

ثالثاً: أغراض الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي يعد من أقدم النظم التي عرفها القانون الروماني، ووظيفته الأساسية كما هو الحال في القوانين الحديثة هي ضمان تنفيذ الالتزام بطريقة صحيحة وفي الوقت المحدد بلا تأخير.^(٢)

ويهدف هذا الشرط إلى تحقيق الأغراض الآتية:

١- يعد الشرط الجزائي سلاحاً ثنائياً الفاعلية فهو في بادئ الأمر وفي الفترة السابقة على الإخلال بالالتزام يعتبر سلاحاً للردع لتفادي الإخلال بالالتزام، وهو ما يمثل ضغطاً على المدين لتنفيذ التزامه، فالشرط الجزائي يكون سيفاً مشهوراً في مواجهة المدين يدفعه إلى تنفيذ التزامه بدقة، وإذا وقعت المخالفة ظهر الطابع الجزائي للشرط فالمبلغ المتفق عليه يكون نقطة البداية في طلبات الدائن، ويدعمه الصفة

(١) أحمد شرف الدين: نظرية الالتزام (أحكام الالتزام والإثبات) بدون تاريخ ص ٨٦، ٨٥، د/ اسماعيل غانم: أحكام الالتزام والإثبات، الناشر مكتتب عبد الله وهبة ١٩٦٧م فقرة ٤٨ ص ١١٧، د/ محمد إبراهيم دسوقي: للقانون المدني الالتزامات ١٩٩٣م ص ٢٨٠، د/ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق ص ٦٥، د/ محمد لبيب شنب: أحكام الالتزام بدون تاريخ ص ٨٣.

(٢) انظر: بحث بعنوان الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي ص ١٣، ٢٦، ٢٧، د/ أحمد إبراهيم حسن، ط دار المطبوعات الجامعية.



العقدية له مما يجعل المدين في موقف ضعيف يعرضه للالتزام بالمبلغ الوارد في الشرط^(١).

٢- تحديد التعويض الاتفاقي بطريقة شبه عادلة؛ لأنها تصبح أقرب ما تكون للحقيقة، ذلك أن المتعاقدين هما أقدر الناس على معرفة وضعهما عند التعاقد وبعده، وهما اللذان يقدران مقدار التعويض العادل الذي يكفى لجبر الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وهذا ما يفسر كثرة اللجوء للبنود العقدية في عقود العمل، والنقل والبيع والإيجار، وعذالة التقدير تحول دون إعادة النظر في كثير من الأحيان في مقدار التعويض المتفق عليه^(٢).

٣- يتجنب المدين الانتجاء إلى القضاء، وتدخل الخبراء في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه، ومن ناحية أخرى فهو يجعل رقابة القاضي على تقدير التعويض رقابة هادئة ومحددة، وإن كان ذلك لا ينفي طلاقة رقابة القاضي على مدى شرعية البند الجزائي، فيبطله إن كرس الغش أو خالف قواعد النظام^(٣).

(١) د/ حسام الدين الأهواني، أحكام الالتزام ط ١٩٩٦م، ص ٧٥، المستشار الدكتور/ محمد شتا أبو سعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، ط دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠١م، ص ٧٠، ٧١.

(٢) د/ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ٧٢، راجع البند الجزائي في القسانون المدني أطروحة الدكتوراه الجامعية مقدمة ومناقشة على الملأ من قبل العقيد طلال المهتار بتاريخ ١٤ حزيران ١٩٧٤م، ص ٥٢، ٥٣.

(٣) د/ جلال علي العنوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٦م، ص ٦٩، د/ محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ٧٣.



٤- قد يقصد بالشرط الجزائي التعديل من أحكام المسؤولية إما بالتخفيف منها إذا كان المبلغ يقل كثيراً عن الضرر المتوقع حصوله وفي هذه الحالة يتقيد بالقيود التي يتقيد بها الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، وإما بالتشديد فيها إذا كان المبلغ يزيد عن الضرر، وعندما يكون الالتزام الأصلي التزاماً بدفع مبلغ من النقود، فإنه يقصد بالشرط الجزائي التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير، فإذا ثبت ذلك رد على الدائن قصده بحيث لا يكون له أن يحصل على ما يزيد عن الحد الأقصى للفوائد^(١).

٥- يقلل الشرط الجزائي إلى حد كبير من المنازعات التي يمكن أن تنثور بشأن ركن الضرر من حيث وقوعه أو عدمه، ومن حيث اعتبار الضرر مباشراً أو غير مباشر، متوقعاً أو غير متوقع، ومن حيث تقدير قيمته لأنه يضمن أولاً تسليماً من المدين بأن إخلاله بالتزامه، يترتب عليه ضرر للدائن مما يستوجب التعويض ويخفف عبء الإثبات على الدائن، وثانياً يتضمن هذا الشرط تقديراً لمبلغ التعويض مما يسهل مهمة القاضي في تقديره^(٢).

(١) د/ جلال على العدوي، المرجع السابق، ص ٦٩، د/ سعيد سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق فقرة ٩٤، ص ١٧٧، ١٧٨.



المبحث الثاني

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

بالموازنة بين الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمفهوم الشرط، وماهية الشرط الجزائي نلاحظ الآتي:

١- لا يفترق التعريف اللغوي عن التعريف الاصطلاحي للشرط فهما متقاربان من الناحية الظاهرية، أما في الحقيقة فهما متباينان، مفهوماً وموضوعاً وآثراً، فالشرية تطلق على الشروط التي مصدرها الشرع، أما الشروط جمع شرط فتطلق على الشروط التي يصدرها الإنسان، في عقودها والتزاماته على نفسه أو على غيره، فالشرية من إرادة الشارع والشرط من إرادة العاقد^(١).

٢- إن تعريف الشرط الجزائي في القانون بالمعنى الذي يجعل منه وصفاً من أوصاف الالتزام أى اعتباره أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع هو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي بالشرط التعليقي تمييزاً له عن غيره من الشروط، أما فقهاء القانون فهم لا يميزونه باسم خاص^(٢) أما تحديد معنى الشرط في القانون بأنه الحكم الذي يتفق عليه المتعاقدان صراحة أو ضمناً فهو المسمى في الفقه الإسلامي بالشرط التقيدي، ويتسم هذا الشرط في الفقه الإسلامي بكونه أمراً

(١) د/ حسنى محمد احمد جاد الرب: التعويض الاتفاقى عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعى، رسالة ماجستير كلية الشريعة والقانون، القاهرة ٢٠٠١، ص ٢٢.

(٢) راجع: حسنى محمد احمد جاد الرب فى رسالته السابقة ص ٢٢.



مستقبلاً زائداً على أصل العقد، ومشروعاً، وهو بهذه المثابة قد يقابل في لغة القانون البنود العقدية أو الأحكام التي يتفق عليها الطرفان^(١)، فإن كان هذا البند صحيحاً بات جزءاً من العقد ولزم العمل بمقتضاه، وهذا ما يؤكد سبق للفقهاء الإسلاميين في الإحساس بحقائق الأفكار القانونية التي يحاول الفقهاء الوضعي الوصول إليها^(٢). وقد يطلق الشرط في القانون على العناصر اللازمة لانعقاد العقد، وإطلاق اسم الشرط على هذا النوع فيه مغالطة كما يقول الدكتور السنهوري^(٣) فهو ليس شرطاً بمعناه الصحيح؛ لأن الشرط بمعناه الصحيح أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ويمكن تصور الحق بدونه، والشرط القانوني عنصر من عناصر الحق، ولا يتصور قيام الحق بدونه.

٣- يتنوع الشرط باعتباره وصفاً في الالتزام في الفقه القانوني إلى شرط واقف وشرط فاسخ، ولا يختلف عن الفقه الإسلامي كثيراً في ذلك، لأن الشرط للواقف في الفقه القانوني يطلق عليه في الفقه الإسلامي الشرط المعلق، أما الشرط للفاسخ في الفقه القانوني فلا يعرف بهذه التسمية في الفقه الإسلامي، لأن الشرط للفاسخ بمعناه في الفقه

(١) راجع د/ حسن علي الشاذلي: النظريات العامة في المعاملات في الفقه الإسلامي أبحاث في نظرية العقد (دروس لطلبة السنة الأولى قسم الفقه المقارن، الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون بدون تاريخ ص ١٢٣، أشار إليه د/ محمد شتا أبو سعد الشرط كوصف للتراضي (نكتوره) مرجع سابق ص ٣١.

(٢) د/ محمد شتا أبو السعد في رسالته السابقة ص ٣١.

(٣) د/ السنهوري للمرجع السابق، ج ٣، ص ٣٤.



للقانوني يدخل في بعض صور الشرط للمقيد في الفقه الإسلامي، وهي الصور التي يترتب على تحقق الشرط فيها زوال الالتزام تلقائياً دون اللجوء إلى القاضي^(١)، ويلاحظ أن الفقهاء القانونيين ساروا على نفس منهج الفقهاء الشرعيين في تقسيمهم للشروط، يدل على ذلك أن للشروط عند فقهاء الشريعة نوعين جعلية وشرعية، وقد أطلق فقهاء القانون على النوع الأول الإرادية، وعلى النوع الثاني الشروط القانونية^(٢).

٤- إذا كان الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح الشرط الجزائي، فإن معناه ومدلوله موجود فيه، ويتفق القانون المدني والفقه الإسلامي في أن الشرط الجزائي أحد المعاني التي يطلق عليها الشرط في كل منهما كما يتفقان في أن الشرط الجزائي يختلف عما يشبهه به وخاصة العربون ويتمثل هذا الفرق في أن حصول الضرر شرط لاستحقاق الشرط الجزائي، أما العربون فإن المتعاقد يلتزم بدفعه ولو لم يترتب على العدول ضرر.

٥- للشرط الجزائي أهميته العملية ومزيته التي لا تنكر، ومن ذلك أنه يحمل المدين على تنفيذ العقد ويعمل على حفظ الحقوق وعدم التلاعب بالالتزامات، كما أنه يعد عقوبة مالية في مقابل الإخلال بالالتزام كما أنه يقلل من المنازعات التي قد تنشور بين المتعاقدين ولا اختلاف في

(١) راجع: د/ طلبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون دراسة مقارنة، ط دار الثقافة الجامعية ١٩٩١م، ص ٢١٤، ٢١٥.

(٢) راجع: د/ حسني محمد أحمد جلد الرب في رسالته السابقة، ص ٢٢، ٢٣.



هذا بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إلا أنه في القانون قد يهدف المتعاقد من وضع هذا الشرط إلى التحايل على القانون فيما يتعلق بفوائد التأخير، فإذا ثبت ذلك رد على الدائن قصده، أما في الفقه الإسلامي فإن الحصول على هذا المبلغ قليلاً كان أو كثيراً يعد رباً محرماً.



الفصل الأول

الشروط الصحيحة والشروط الباطلة

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

بادئ ذي بدء لابد أن ننوه إلى أن الإرادة في القانون هي التي تنشئ العقد كما أنها هي التي تنشئ الآثار التي تترتب على العقد أما الشريعة الإسلامية فالإرادة تنشئ العقد فقط، أما أحكام العقود وآثارها فإنها تكون من الشارع لا من العاقد، فالعقود في الشريعة أسباب جعالية شرعية وليست بأسباب طبيعية^(١).

فالعقد طريق يرسمه الشرع ليصل إلى نتائج حقوقية يقرها بينهم، فالإشارة يعود تحديد هذه النتائج^(٢).

نتحدث عن هذا الفصل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الشروط الصحيحة والشروط الباطلة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الشروط الصحيحة والشروط الباطلة في القانون المدني.

المبحث الثالث: موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

(١) الإمام محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط دار الفكر ص ٢٥٠، ٢٥١.

(٢) الأستاذ مصطفى الزرقاء: المدخل الفقهي العام، ١/٤٧٣ ف ٢١٧، مطابع ألف باء الأدب.



المبحث الأول

الشروط الصحيحة والباطلة في الفقه الإسلامي

ونتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد.

المطلب الثاني: أثر الشروط في العقود والتصرفات في المذاهب

المختلفة.

المطلب الأول

ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أن هناك من الشروط ما هو جائز ويصح اشتراطه في العقد والالتزام به، ومنها ما لم يبحه الشرع فلا يجوز ولا يصح الالتزام به، ولكنهم اختلفوا في ضوابط الشروط الصحيحة والفاصلة^(١). إلى ثلاث اتجاهات نعرض لها فيما يأتي:

الاتجاه الأول:

أن الأصل في الشروط هو الحظر أو المنع، وبالتالي فإن كل شرط لم يقره الشرع في القرآن أو السنة فهو باطل وقد ذكر الإمام ابن تيمية أن هذا قول أهل الظاهر، وكثيراً من أصول أبي حنيفة تنبني على

(١) انظر: د/ زكي الدين شعبان في رسالته للسابقة ص ٦، أ/ محمد سلام مذكور في كتابه المدخل الفقهي الإسلامي تاريخه ومصادره ونظريته للعامة ط دار النهضة العربية ص ٦٦٠.



هذا وكثير من أصول الشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد^(١).

أدلة هذا الرأي: وقد أيد هذا الفريق الذي يتزعمه أهل الظاهر وجهة نظره بالحجج الآتية:

أولاً: القرآن الكريم:

يقول الله تعالى ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾^(٢) ويقول سبحانه: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾^(٣) فقد أخبر المولى في هاتين الآيتين بظلم من يتعد حدود الله، وفي اشتراط الشروط التي لم ترد في كتاب الله أو في سنة رسول الله -ﷺ- تعد لحدود الله ومجاوزة لشرعه، فدل هذا على أن الأصل في الشروط الحظر ورد دليل بشرعيته^(٤).

ثانياً: السنة:

استدل أصحاب هذا الرأي بعدة أحاديث منها:

أ- ما رواه الإمام البخاري ومسلم في صحيحيهما عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها- أنها أرادت أن تشتري جارية فتعتقها، فشرط أهلها أن يكون لهم ولاؤها، مع أن الولاء يكون لمن أعتق، فذكرت عائشة ذلك للرسول -ﷺ- فقال لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن أعتق -ففعلت- عائشة

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٢٣، ط كردستان العلمية ١/ ١٣٢.

(٢) سورة الطلاق الآية رقم ١.

(٣) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩.

(٤) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٢٦، ط كردستان ١٣٢٨هـ.



ثم قام رسول الله -ﷺ- في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: "أما بعد ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق"^(١) ولهم من هذا الحديث حجتان:

أحدهما:

"ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع فليس في كتاب الله بخلاف ما كان في السنة أو في الإجماع فإنه في كتاب الله بواسطة دلالاته على اتباع السنة والإجماع، وكذا إذا ثبت الشرط بالقياس عند القائلين به وهم الجمهور، فإنه في الكتاب بواسطة دلالاته على السنة والإجماع الدالين على اعتبار القياس.

الحجة الثانية:

أنهم يقيسون جميع الشروط التي تنافي مقتضى العقد على اشتراط الولاء؛ لأن العلة فيه كونه مخالفاً لمقتضى العقد، وذلك لأن جميع العقود تجب مقتضياتها بالشرع بإرادة تغييرها تغييراً لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير العبادات^(٢).

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري في البيوع ٤/ ٤٤٠ رقم ٢١٦٨، ٢١٦٩ ط

الريان، صحيح مسلم بشرح النووي ١٠/ ١١٣، ١١٤ رقم ١٥٠٤ ط دار الفكر.

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٢٥.



ب- روى الإمام البخاري ومسلم في صحيحهما أن رسول الله - ﷺ - قال: "من أحدث في أمرنا ما ليس فيه فهو رد" ولفظ مسلم "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" (١).

فهذا الحديث يدل على بطلان كل عمل ليس على طريقة الشارع وسننه، والشرط الذي لم يدل دليل على جوازه ليس على طريقة الشارع فيكون رداً باطلاً (٢).

ثالثاً: المعقول:

إن الشريعة شاملة لكل شيء، وقد تكفلت ببيان ما يحقق مصالح الأمة ومنها العقود على أساس من العدل، وليس من العدل ترك الحرية للناس في عقد ما يريدون من العقود، وإلا أدى ذلك إلى هدم نظام الشريعة (٣).

ومن جهة أخرى فإن كل شرط لم يرد عن الشارع ما يدل جوازه والإذن فيه لا ينفك من أحد أمور أربعة إما أن يكون قد التزم فيه إتاحة ما حرمه الله، أو التزم فيه تحريم ما أباحه الله، أو التزم إسقاط ما أوجبه الله

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٤/ ٤١٦ كتاب البيوع رقم ٢١٤٢، وفي كتاب الصلح ٥/ ٣٥٥ رقم الحديث ٢٦٩٧، صحيح مسلم بشرح النووي ٢/ ١٤ رقم الحديث ١٧١٨.

(٢) د/ عبد المحسن الرويشد: الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٩، ٢٤.

(٣) د/ عبد المحسن الرويشد في رسالته السابقة ص ١٦.



فى القرآن أو على لسان رسوله ﷺ - أو إلترام إيجاب ما لم يوجبه الله، وهذا كله باطل لأنه تعد لحدود الله وخروج على الدين^(١).

الرد على هذه الأئمة:

تعرض هذا الاتجاه للنقد من الفريق الآخر فى رأى بعض الباحثين للنقد وذلك على النحو الآتى:-

١- الآيتان الكريمتان اللتان استند إليهما هذا الاتجاه ليس فيهما دليل على مدعاهم، إذ هما واربتان فى شأن من يخالف ما شرعه الله بفعل ما نهى الله عنه، وترك ما أمر الله به، ففى قوله تعالى ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ وردت هذه الآية فى شأن عدة المطلقات، وأن حق السكنى واجب على الزوج ما دامت المطلقة معتدة منه، ونهت عن إخراجهم من بيوتهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وأما قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ فإن هذه الآية قد سبقت بأحكام شرعية تتعلق باليمين والإيلاء والطلاق بمال وبغير مال، وهى تمثل حدود لا يجوز تعديها، وهذا يدل على أن كلا الآيتين لا علاقة بهما بالشروط التى لم يدل دليل على جوازها أو منعها حتى يعتبر أشرطها تعدياً لحدود الله^(٢).

٢- أما فيما يتعلق بالسنة، فإن حديث "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" ليس فيه دليل على مدعاهم، فهو يفيد إبطال الشروط التى تخالف شرع الله وحكمه، فهذه الشروط ليست من أمر المسلمين، أما الشروط

(١) د/ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامى وأدلته ١٩٨/٤، ط دار الفكر.

(٢) د/ عبد المحسن الرويشد، المرجع السابق، ص ١٩، ٢٠.



التي لم يرد عن الشارع دليل على تحريمها فلا ينطبق عليها هذا الحكم.

وأما حديث عائشة -رضي الله عنها- والذي جاء فيه "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل" فالمقصود به الشرط الذي خالف شرع الله وحكمه، ولا يدخل فيه الشرط الذي لم يدل دليل على إباحته؛ لأن اشتراط مثل هذا الشرط ليس فيه مخالفة لشرع الله وحكمه فيكون معنى الحديث من اشترط أمراً ليس فيه مخالفة لشرع الله أو في كتابة بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل؛ لأنه لا بد أن يكون المشروط مما يباح فعله قبل الشرط حتى يصح اشتراطه^(١).

٣- أما ما استدلوا به من المعقول فيرد عليه بأن ترك الحرية للمتعاقدين يشترطان ما يريدان من الشروط ليس فيه ما ينافي العدالة، ولا يؤدي إلى واحد من الأمور الأربعة التي ذكروها، وليس فيه هدم لنظام الشريعة ما دام مقيداً بالشروط التي نهى عنها الشارع الحكيم.

ومما سبق يتبين لنا أن ما استند إليه أهل الظاهر ومن وافقهم من أدلة لا تؤدي إلى النتيجة التي انتهوا إليها^(٢).

(١) د/ الرويشد في رسالته السابقة ص ٢٠، ٢١.

(٢) التعويض عن التأخير في الوفاء بالتزام نقدي في التشريعات العربية مقارناً بأحكام الشريعة الإسلامية، دكتوراه في الحقوق أعدها/ وجدى عبد الواحد على عبد الواحد سنة ١٩٩٧م، ص ٢٩.



الاتجاه الثاني:

ويرى أنصاره -وهم الموسعون- أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ولا يبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، فإذا عقد عاقد عقداً أو شرط شرطاً ففيل له عقده أو شرطه باطل أو فاسد فعلى مدعى البطلان أو الفساد الدليل، أما العاقد والشارط فليس على أحدهما عبء شئ من ذلك لتمسك كل منهما بالإذن العام حيث لم يرد عن الشارع نص بالمنع والتحريم^(١).

وعلى رأس القائلين بهذا الرأي ابن تيمية^(٢) فقد توسعوا في الشروط وفتحوا بابها على مصراعيه فهم يجيزون كل الشروط التي يتراضيا منها في العقد ما لم يرد عن الشارع نهى عنه بخصوصها، سواء قام دليل على اعتبارها أم كان مسكوتاً عنها حتى ولو خالفت مقتضى العقد، ويرى ابن تيمية^(٣) أن أصول أحمد أكثرها تجرى على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه، فيجوز للمرأة أن تشتترط ألا تسافر

(١) الفتاوى لابن تيمية ٣/٣٢٦، العقود والشروط والخيارات للشيخ أحمد إبراهيم، مقال بمجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، العدد السادس، مطبعة فتح الله إنياس نوري ص ٧٠٩.

(٢) الفتاوى لابن تيمية ٣/٣٢٦، أعلام الموقعين لابن القيم، ط مكتبة الكليات الأزهرية، ٣/٣٥٧.

(٣) الفتاوى لابن تيمية ٣/٣٢٦، ٣٢٧، وانظر: الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها للدكتور/ زكي الدين شعبان بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع السنة ٢٥ ص ٣٣٩.



مع زوجها ولا تتنقل من دارها، وأن لا يتزوج عليها، وهو من أشد الناس قولاً بفسخ النكاح وانفساخه، فيجوز فسخه بالعيب كما لو تزوج عليها وقد شرطت عليه أن لا يتزوج عليها، وهكذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن الأفراد أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود أو الشروط فالأصل عندهم -كما ذكرنا- هو حرية العقود والشروط^(١).

أدلة هذا الرأي:

وقد أستدل أصحاب هذا الاتجاه بالقرآن والسنة والمعقول :

أولاً: القرآن الكريم:

قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) والعقود العهود، قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٣) وقال سبحانه: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾^(٤).

فقد أمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود وهذا عام - وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله، وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقد المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع وإنما

(١) التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية، المجلد الأول، للعلاقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الأوروبية، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية د/ مصطفى بسيوني، ط الهيئة المصرية للكتاب، ص ١٤٦.

(٢) سورة المائدة الآية رقم (١).

(٣) سورة الإسراء الآية رقم (٣٤).

(٤) سورة الأنعام الآية رقم (١٥٢).



أمر بالوفاء به، ولهذا قرنه بالصدق في قوله تعالى ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا﴾^(١) وَكَوْزَ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا^(٢).

ثانياً: السنة:

أ- ما رواه أبو داود والترمذي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو، وعمرو بن عوف المذني عن أبيه عن جده أن رسول الله -ﷺ- قال: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"، والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً^(٣).

ففي الحديث يخبر الرسول -ﷺ- بأن على المسلمين أن يققوا عند شروطهم، وأن يوفوا بها، وهذا يدل على أن الأصل في الشروط الإباحة وأنه لا يجوز الإخلال بها، إلا إذا ورد عن الشارع ما يدل على تحريم شيء منها^(٤).

ب- روى الإمامان البخاري ومسلم في صحيحيهما عن عقبة بن عامر أن رسول الله -ﷺ- قال: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"^(٥) فقد دل هذا الحديث على وجوب الوفاء بالشروط وأن

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٢٩.

(٢) أخرجه: أبو داود في باب الصلح ٤/١٩، ٢٠، رقم ٣٥٩٤ ط دار الحديث، كما أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب الصلح، وقال حديث صحيح ٣/٦٣٤، ٦٣٥ رقم ١٣٥٢ المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، كما أخرجه ابن ماجه ٢/٧٨٨ رقم الحديث ٢٣٥٣ باب الصلح، ط دار إحياء التراث العربي.

(٣) د/ عبد المحسن الرويشد في رسالته السابقة ص ٢٧.

(٤) فتح الباري شرح صحيح البخاري ٥/٣٨٠ رقم ١٧٢١، صحيح مسلم بشرح النووي باب الوفاء بالشروط في النكاح ٩/١٧٠ رقم ١٤١٨.



الشروط المتعلقة بالنكاح أكد من غيرها لخطر شأن الإبطاع وعظيم حرمتها^(١).

ج- وروى البخاري عن أبي هريرة عن النبي -ﷺ- قال: قال الله تعالى "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره"^(٢).

فهذا الحديث نم الغادر، وكل من شرط شرطاً ثم نقضه فقد غدر، فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود والنهي عن الغدر ونقض العهود، فدل ذلك على أن الأصل في العقود والشروط هو الجواز والصحة^(٣).

ثالثاً: المعقول:

استند أصحاب هذا الرأي إلى عدة أدلة عقلية أهمها:

أ- إن العقود والشروط معاملات عادية وليست من قبيل العبادات وبالتالي فإن الأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب هذا الأصل حتى يدل دليل على التحريم، قال تعالى ﴿قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾^(٤) وهذا عام بالنسبة للتصرفات ولم يثبت أن العقود والشروط حرام.

(١) د/ الرويشد في رسالته السابقة ص ٢٧.

(٢) رواه البخاري فتح الباري ٤/٤٨٧ رقم ٢٢٢٧، ط دار الريان.

(٣) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٣٢.

(٤) سورة الأنعام الآية رقم (١١٩).



ب- الأصل في العقود رضا العاقدين وأثر العقد هو ما التزم به المتعاقدان وذلك لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِئَ لَكُمُ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾^(٢) فقد علق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل على أنه سبب له.

ج- الشروط التي يشترطها المتعاقدون في عقودهم يحتاجون إليها لقضاء مصالحهم وحوائجهم، ولما ثبت في الشرع من وجوب رفع الحرج والضيق، ولا شك أن منع الالتزام في وقت الحاجة الثابتة حرج وضيق من غير نص ولا دليل ولا مصلحة تسوغ ذلك^(٣).

د- أن الله ذم المشركين الذين شرعوا من الدين ما لم يأذن به الله وحرموا ما لم يحرمه الله، فإذا حرمننا العقود والشروط التي تجرى بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين لما لم يحرمه الله^(٤).

فكل ما تقدم دل على أن الأصل في العقود والشروط الصحة والجواز وأثار الصحابة تؤيد ذلك أيضاً^(٥).

(١) سورة النساء الآية رقم (٢٩).

(٢) سورة النساء الآية (٤).

(٣) انظر: فتاوى ابن تيمية ٣/ ٣٣٤ - ٣٣٧، د/ عادل مصطفى بسيوني المرجع السابق ص ١٥٠، ١٥١.

(٤) اراجع فتاوى ابن تيمية السابق ٣٣٥.

(٥) ومن ذلك ما روى أن عمر بن الخطاب قال: (إن مقاطع الحقوق عند الشروط، ولك ما شرطت) اراجع فتح الباري كتاب الشروط ٣٨٠/٥.



الرد على هذه الأدلة:

كما تعرض الاتجاه المضيق للمناقشة فإن الاتجاه الموسع ورد على أدلتهم مناقشات خاصة تتعلق بالقرآن والسنة والأثر نذكرها فيما يلي:

١- ما ورد في القرآن الكريم من الوفاء بالعقود والعهود، كما في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) اعترض عليه من قبل المخالفين على النحو التالي:

أ- لا نسلم أن المراد بالعقود في الآية ما ذكرتم، وهو ما يلتزم به الناس بعضهم ببعض، بل المراد بها أمر وراء ذلك وهو: إما العهود التي أخذها الله على عباده بالإيمان بها بدليل قوله تعالى: ﴿أَحْبَبْتُ لَكُمْ بَهِيمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُنْتَلَى عَلَيْكُمْ﴾ فإنه تفصيل لما قبله من العموم في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وحيث كان التفصيل متعلقاً بما أحله الله لعباده، وحرمة عليهم، فينبغي أن يكون العموم في مثل ما جرى فيه التفصيل، وإما أن يكون المراد بالعقود ما يعقده العباد بعضهم لبعض ولكن بالنسبة لعقود معينة، وهي العهود التي كانت تؤخذ في الجاهلية على النصرة والموازنة على من ظلم، وبالتالي لا يصح الاستدلال بالآية على صحة الشروط ووجوب الوفاء بها.

= وفي رواية: قال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط، وذلك حينما جاءه رجل وقال يأمر المؤمنين تزوجت هذه وشرطت لها دارها وأنى لأجمع أمري أن أنقل إلى أرض كذا وكذا، فقال لها شرطها، فقال الرجل: هلك الرجال إذ لا تشاء امرأة أن تطلق زوجها إلا طلقت، فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط.

(١) سورة المائدة الآية رقم (١).



ب- إن العقود في الآية الكريمة مقصورة على ما صح عن الشارع -جل وعلا- الأمر به، إذ لا يختلف اثنان في أن هذا النص ليس على عمومته ولا على ظاهره، بل هو خاص بالعقود والشروط التي لم ينها الشارع عنها ولم يقم دليل على بطلانها، كذلك فإن عهد الله الذي أمرنا بالوفاء به هو كل عهد لم ينها الشارع عنه؛ لأن كل عهد نهى الله عنه فليس هو عهد الله بل هو عهد الشيطان فلا يحل الوفاء به^(١).

٢- ما ورد في السنة إن أصرح حديث يستند إليه الفريق الموسع للشروط حديث (المسلمون عند شروطهم.....)^(٢) وقد تعرض للقبح من قبل المخالفين حيث شككوا في صحته فقد روى عن طريق كثير بن زيد وهو متروك، ومن طريق عبد الملك بن حبيب الأندلسي وهو هالك ومن طريق محمد بن عمر وهو مذكور بالكذب، ثم لو صح هذا الحديث لكان حجة عليهم؛ لأن النبي -ﷺ- أضاف فيه الشروط إلى المسلمين ولا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباح الله في القرآن أو السنة عقدها^(٣).

(١) انظر: د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص ٨٠، ٨١، المحلى لابن حزم ٨ / ٤١٤، ط دار الآفاق الجديدة، د/ عبد المحسن الرويشد، المرجع السابق، ص ٣٠، ٣١.

(٢) سبق تخريج هذا الحديث ص ١١ هامش رقم (١) من البحث.

(٣) راجع: الأحكام في أصول الأحكام لابن حزم، المرجع السابق مطبعة العاصمة القاهرة، ص ٦٠٧، ٦٠٨، المحلى لابن حزم، المرجع السابق ٨ / ٤١٤.



ب- أما حديث "إن أحق الشروط أن توفوا به" ^(١) ... الحديث "فإن هذا الحديث بلا شك في الشروط التي أمر الله تعالى أن يستحل بها الفروج من الصداق المباح ملكه الواجب إعطاؤه، والنفقة والكسوة والإسكان والمعاشرة، لا بما نهى الله عنه أن يستحل به الفروج من الشروط الفاسدة من تحليل حرام وتحريم حلال أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط" ^(٢).

٣- وفيما يتعلق بالآثر: فإنه تعرض للمناقشة من قبل المخالفين على النحو التالي:

أ- قد اختلف عن عمر فروى ابن وهب بإسناد جيد عن عبيد الله بن السباق "أن رجلاً تزوج امرأة فشرط لها أن لا يخرجها من دارها، فارتفعوا إلى عمر فوضع الشرط وقال المرأة مع زوجها" ^(٣) وعلى هذا لا يصح الأخذ بإحدى الروایتين دون الأخرى وإلا كان ترجيحاً بلا مرجح ^(٤).

ب- على فرض عدم صحة هذه الرواية الأخيرة، وأن الثابت هي الأولى فلا يصح الاحتجاج بها لأنه رأى صحابي في أمر اجتهادي وهو ليس بحجة.

(١) سبق تخريج هذا الحديث ص ٤١ هامش رقم (١) من البحث.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٦٠٦/٥.

(٣) العسقلاني السابق ج ٩ ص ١٢٦.

(٤) راجع د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص ٩٠.



ج- أما القول بأن هناك إجماعاً من الصحابة على ذلك فغير مسلم فقد خالف في ذلك على بن أبي طالب - عليه السلام - فقال شرط الله قبل شرطها^(١)، وكذلك خالف فيه بعض التابعين كسفيان الثوري، وسعيد بن المسيب، فقد سئل سعيد عن امرأة تشترط على زوجها ألا يخرج بها من بلدها فقال سعيد يخرج بها إن شاء.^(٢)

الإجابة على هذه المناقشات:

أجاب الفريق الآخر القائل بأن الأصل في الشرط الجواز على هذه المناقشات^(٣) على النحو التالي:

١- أن حمل الآية على خصوص العقود التي أخذها الله على عباده، والتي اعتقدها أهل الجاهلية مخالف لظاهر ما تدل عليه الآية، لأن كلمة العقد تطلق في اللغة على الجمع بين أطراف الشيء وربطه، وعلى إحكام الشيء وتقويته وعلى الضمان والعهد.^(٤) وعلى هذا فالعقد يطلق على العهد الموثق، وعلى كل ما ينشئ التزامه كالبيع والشرط والنذر، فحمل العقد في الآية على بعض المعاني دون البعض مخالف

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٢٥٠، ط دار المعارف، بيروت، لبنان وراجع، د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص. ٩٠، ٩١.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٢٥٠.

(٣) راجع في ذلك د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص ٨٧ وما بعدها، ود/ الرويشد في رسالته السابقة ص ٣٤ وما بعدها.

(٤) المعجم الوجيز مادة (عقد) ص ٩٠، مجمع اللغة العربية.



لمقصود الشارع، خاصة وإن كلمة العقود في الآية وردت بالآلف واللام بما يفيد العموم والاستغراق.^(١)

٢- أما فيما يتعلق بسند الحديث فيدفع بما هو مقرر بين العلماء من أن الحديث الضعيف إذا كثرت طرقه، وتعددت رواياته جبر بعضها بعضاً، وصح الاحتجاج بها، قال الشوكاني في نيل الأوطار: "ولا يخفى أن الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسناً"^(٢)، وأما دعواهم أن الشروط لا تضاف إلى المسلمين إلا إذا ورد الدليل المعين بصحتها فغير مسلمة، لأن الشرط إذا لم يشتمل على شيء حظره الشرع، فليس هناك ما يمنع من إضافته إلى المسلمين، ولو لم يرد بإباحته دليل معين، لعموم الأمر الشرعي بالوفاء بالعقود والعهود.^(٣)

٣- أما قول الرسول - ﷺ - "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"^(٤) فقد ذكروا أن المراد بالشروط ما يجب بالنكاح من المهر والنفقة ونحوه، وعلى هذا لا يكون فيه دلالة على صحة الشروط ولزوم الوفاء بها، فالجواب عن ذلك أن حمل الشروط في

(١) د/ عبد المحسن الرويشد، السابق، ص ٣٤.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٢٥٥/٥، مكتبة دار التراث.

(٣) د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص ٨١، د/ الرويشد، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٤) سبق تخريج هذا الحديث ص ٤١ هامش رقم (١) من البحث.



الحديث على الشروط التي تجب بالنكاح من المهر والنفقة ونحوه
يجعل الحديث خالياً من الفائدة^(١).

الاتجاه الثالث: التفرقة بين العبادات والمعاملات :

فما كان من العبادات فالأصل فيه الحظر، ولا يكتفى فيه بعدم
المنافاة دون أن تظهر الملازمة، لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى
المعاني، والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن، إذ لا مجال للعقول في
اختراع العبادات، وكذلك ما يتعلق بها من الشروط، وما كان من
المعاملات فالأصل فيه الإباحة، ويكتفى فيه بعدم المنافاة، لأن الأصل فيه
الالتفات إلى المعاني دون التعبد، والأصل فيه الإذن حتى يدل الدليل على
خلافه، وعلى رأس القائلين بهذا الرأي الشيخ أبو زهرة والكتور محمد
يوسف موسى^(٢) وكان هذا المذهب يجمع بين الاتجاهين السابقين، فهو
يأخذ بالاتجاه الأول في عقود الزواج، وبالمذهب الثاني في العقود المالية،
وذلك حرصاً على ما للزواج من حرمة وقداسة، ولما ينتج عنه من أسرة
تتطلب الاستقرار، ومخافة أن تذهب بها الأهواء حين تتحكم في الشروط،
فضلاً عما في الزواج من جانب العبادة التي تتطلب دائماً إذن الشارع، أما
العقود المالية فليس الأمر كذلك، إذ لكل بلد عقوده، فيكون من الضيق

(١) ويرجع ذلك إلى أن المهر والنفقة وحسن المعاشرة واجبة بنفس العقد سواء
شرطت فيه أو لم تشترط، واشتراطها لا يعد أمراً زائداً على العقد بل يكون تصريحاً
بما يثبت به ولو لم ينص عليه في العقد.

(٢) راجع الشيخ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط
دار الفكر العربي، ص ٢٧٥، د/ محمد يوسف موسى: الفقه الإسلامي مدخل لدراسته
نظام المعاملات فيه، ص ٤١٨، ٤١٩، ط دار الكتاب العربي.



والحرج أن نتطلب لكل عقد أو شرط نصاً شرعياً يجيزه الدين، والله سبحانه قد رفع عن الأمة الحرج^(١) في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٢) فيكفي في هذه العقود أن تصدر عن الرضا والاختيار بشرط عدم تعارضها مع الكتاب والسنة.^(٣)

الرأى الرابع:

وإذا كان لى أن أرجح رأياً من الآراء الثلاثة فإنى أرجح الرأى الثانى القائل إن الأصل فى الشروط والعقود الجواز والصحة، ذلك أن الرأى الأول - المضيق للشروط - قد ضيق على الناس فى معاملاتهم وسائر تصرفاتهم، ووقف بالشروط والعقود عندما كان عليه الناس وقت ظهور الإسلام، دون أن يحتسب لاختلاف الأزمان وتطور التعامل بين الناس أى حساب، خاصة أنهم يقفون عند ظواهر النصوص، ولا يؤمنون بالقياس.^(٤)

أما الرأى الثالث، فقد سلك مسلكاً وسط بين الرأيين، وبالتالي قد يرد عليه الانتقاد الذى وجه إلى الرأى الأول وإن كان بصورة أخف وهو يتعارض مع العبادات المطلقة والعامة التى جاءت بها الآيات والأحاديث الدالة على وجوب الوفاء بالعقود.^(٥)

(١) راجع د/ محمد يوسف موسى، المرجع السابق ص ٤١٩.

(٢) سورة الحج الآية رقم (٧٨).

(٣) راجع د/ محمد يوسف موسى، المرجع السابق ص ٤١٩.

(٤) راجع : محمد سلام مذكور: المدخل للفقہ الإسلامى تاريخه ومصادره ونظرياته العامة، ط دار النهضة العربية ١٩٦٠، ص ٦٦٢.

(٥) د/ عبد المحسن الرويشد المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها.



أما الرأي الثانى فهو رأى الراجح - كما ذكرنا - للأسباب الآتية:

١- قوة الأدلة التى استند إليها، فقد سلم من أدلتهم ما يقوى على إثبات مدعاهم، أما أدلة المضيفين لم يسلم منها دليل يصلح سنداً لهم فى إثبات مدعاهم، وسلامة الدليل يترتب عليه سلامة المدعى.

٢- إن أصحاب هذا رأى لم يفتحوا باب الشروط على مصراعيه، بل ألزموا من أراد الحكم بصحة أى شرط أن يستوعب الأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة المؤيدة لإباحة الشروط، حتى يكون حكمه صحيحاً، فإن وجد المعارض عمل به، إلا حكم بإباحة الشرط وصحته.^(١)

٣- إن هذا رأى هو الذى يوسع على الناس - الذين باتوا يئنون من شروط الفقهاء وقبودهم - فى معاملاتهم خاصة فى هذا الوقت الذى جدت فيه معاملات لم تكن فى الأزمنة السابقة، وهذا ما يتفق مع يسر الشريعة الإسلامية وسماحتها.^(٢)

٤- ومما يزيد هذا رأى وجاهة - كما يقول الدكتور زكى الدين شعبان - أنه لا يلجئ الناس إلى الدخول فى باب الحيل الذى ولجه أولئك

(١) د/ زكى الدين شعبان فى رسالته السابقة، ص ٩١.

ولذا يقول بن تيمية فى فتاويه ٣ / ٣٤١ وما بعدها يقول: (وإذا ظهر أن لعدم تحريم العقود والشروط وصحتها أصلاً، الأدلة الشرعية العامة والأدلة العقلية التى هى الإستصحاب وانتفاء المحرم فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة فى أنواع المسائل، وأعيانها إلا بعد الاجتهاد فى خصوص ذلك النوع والمسألة.....).

(٢) د/ زكى الدين شعبان فى رسالته السابقة، ص ٩٢، د/ الرويشد فى رسالته السابقة، ص ٤٣.



المانعون للشروط عندما وجدوا مذهبهم لا يساير الزمن، ولا يلائم ما يتعامل به الناس، فابتدعوا منها صنوفاً استباحوا بها جل الشروط التي كانت قواعد المذهب تقضى بتحريمها وفسادها، وهذا في الواقع شعور منهم بجمود رأيهم في هذه المسألة، وعدم وفائه بحاجة الناس وقضاء مصالحهم، ولو أنصف هؤلاء لعملوا برأي مخالف في الشروط الذي تحقق مقصودهم ومقصود أصحاب المعاملات، ولو عملوا بذلك لكان خيراً لهم من سلوكهم هذا الطريق الملتوي الذي في سلوكه قضاء على الفقه وأساسه، وإلا فماذا تفيد المحافظة على الصور والرسوم بعد القضاء على المقصود.^(١)

(١) راجع د/ زكي الدين شعبان، المرجع السابق ص ٩٢، ٩٣.



المطلب الثاني

أثر الشروط فى العقود والتصرفات فى المذاهب المختلفة

مَهَيِّدًا:

إذا قيد التصرف بشرط فلا يخلو هذا الشرط إما أن يكون شرطاً صحيحاً وإما أن يكون فاسداً أو باطلاً، فإذا كان الشرط صحيحاً كان العقد جائزاً وإذا كان باطلاً أو فاسداً كما لو اشترى ناقة على أن تضع حملها بعد شهرين كان البيع فاسداً.^(١)

وقد قسم الفقهاء على اختلاف مذاهبهم الشروط فى العقود والتصرفات إلى شروط صحيحة، وشروط غير صحيحة.

ونعرض فيما يلى بشئ من الإيجاز إلى تقسيم الشروط فى المذاهب المختلفة وأثرها على العقد، وذلك على النحو التالى:

أولاً: مذهب الحنفية:

قسم الحنفية الشروط المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام: الشرط الصحيح، الشرط الفاسد، الشرط الباطل.

١- الشرط الصحيح: هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً لهذا المقتضى أو ورد به نص رغم مخالفته لمقتضى العقد، أو جرى به عرف.

(١) راجع موسوعة الفقه الكويتية ٢٦/١١.



النوع الأول:

الشرط الذي يقتضيه العقد: هو ما يوجب أثراً من آثار العقد، ولذا فهو في الحقيقة لم يأت بجديد، فاشتراطه وعدمه سواء، لأن ما ينتجه الشرط ثابت بالعقد نفسه، وكل ما يحدثه الشرط هو أن يظهر هذا الأثر ويصرح به، ومثاله اشتراط البائع تسليم الثمن، واشتراط المشتري تسليم المبيع، جاء في البدائع "وأما الشرط الذي يقتضيه العقد فلا يوجب فساداً، كما إذا اشترى بشرط أن يملك المبيع، أو باع بشرط أن يملك الثمن... فالبيع جائز لأن البيع يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان نكراً في معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد، فلا توجب فساد العقد" (١)

النوع الثاني:

الشرط الملائم للعقد: وهو الذي لا يقتضيه العقد ولكن يؤكد ما يجب بالعقد ويقرره، وهو شرط صحيح وذلك كاشتراط البائع على المشتري أن يعطيه رهناً معيناً بالثمن المؤجل، فإن الرهن لا يجب بالمبيع ولكنه يؤكد ما يجب به. (٢)

(١) بدائع الصنائع للكاظمي ١٧١/٥، ط دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

(٢) جاء في البدائع (وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد، لأنه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكداً لآياه) البدائع ١٧١/٥. وانظر: د/ زكي الدين شعبان، الشروط الشائعة وأحكامها في الشريعة والقانون، بحث بمجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع السنة ٢٥ ص ٣٤٢.



النوع الثالث:

الشرط الذي ورد به نص وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، كاشتراط الخيار للعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما من كل عقد لازم يقبل الفسخ بتراضى الطرفين، فهو عقد جائز، وذلك لورود النص به فى حديث حبان بن منقذ من أن النبي ﷺ قال له: "إذا بايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام"^(١) فهو يفيد اشتراط الخيار فى البيع لكل واحد من المتعاقدين، ولما كانت العلة فى هذا التشريع هى الحاجة إلى التروى والإشارة تعدى ذلك إلى غيره من العقود اللازمة التى تقبل الفسخ كالإجارة والمزارعة والقسمة، لوجود تلك الحاجة إلى اشتراط الخيار فيها^(٢).

النوع الرابع:

الشرط الذى جرى به العرف، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به نص، جاء فى البدائع: "... وكذلك إن كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما إذا اشترى نعلًا على أن يحذوه البائع ... والقياس أنه لا يجوز وهو قول زفر - رحمه الله "^(٣)، ويؤخذ من هذا النص أن هذا النوع من الشروط

(١) الحديث رواه البخارى فى فتح البارى ٣٩٥/٤ رقم ٢١١٧، كما رواه أبو داود ٧٦٥/٣، ٧٦٦ رقم ٣٥٠٠، ط دار الحديث، كما جاء فى تلخيص الحبير ٢٣/٣، مكتبة الكليات الأزهرية.

(٢) د. زكى الدين شعبان، المرجع السابق ص ٣٤٢.

(٣) البدائع ١٧٢/٥، المبسوط للسرخسى ١٤/١٣ ط دار المعرفة، بيروت.



جائز استحساناً لا قياساً؛ لأن فيه منفعة لا يقتضيها العقد فيكون عقداً في عقد^(١).

ولكن هل العرف الذي قال به الأحناف يقتصر على العرف العام أم يشمل الخاص^(٢) أيضاً ؟

التحقيق أن فقهاء الأحناف يعتبرون العرف ويصحون به الأحكام ولو كان عرفاً خاصاً^(٣)، وهو ما يتفق مع مرونة الفقه الإسلامي واتساع أفقه وصلاحيته للتطبيق في كل زمان ومكان^(٤) مع ملاحظة أن أصحاب القواعد الفقهية عندما تحدثوا عن العرف ذكروا أن المعتبر منه هو العرف العام، أما العرف الخاص فقد أفتى به كثير من المشايخ^(٥).

٢- الشرط الفاسد: وهو ما لم يكن أحد الأنواع الأربعة السابقة في الشرط، أي أنه لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، ولم يرد به نص، ولم يجر به عرف وكان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق، وذلك كأن يبيع داراً على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه أو أرضاً على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها

(١) السنيهورى مصادر الحق في الفقه الإسلامى، مطابع دار المعارف ١٢٠/٣.
(٢) الفرق بين العرف العام والخاص أن الأول هو ما تعارفه أهل البلاد الإسلامية سواء أكان قديماً أو حديثاً، أما العرف الخاص فهو ما لم يتعارفه أهل هذه البلاد جميعاً كتعامل أهل بلد أو حرفة، انظر نشر العرف في بناء الأحكام على العرف لابن عابدين ١٢٥/٢.

(٣) المرجع السابق نفس الموضع.

(٤) راجع: د/ محمد سلام مذكور، المرجع السابق ص ٦٦٧.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط الحلبي ص ١٠٣.



شهرأ ... فالبيع في هذا كله فاسد لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا؛ لأنها زيادة لا يقابلها عوض^(١).

ولكن يلاحظ أن علماء الحنفية قصرُوا هذا الأثر وهو الفساد على عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة، فمثل هذا الشرط لا يصح اشتراطه عند الأحناف ولا يجوز الوفاء به، أما إذا اشترط هذا الشرط في عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع، أو اشترط في عقود التبرعات كالهبة والقرض أو في عقود التوثيق كالرهن والكفالة، فإن الشرط يلغى وحده ويبقى العقد صحيحاً، والسر في هذه التفرقة عند الأحناف بين عقود المعاوضات المالية وغيرها، مع أن الموجود أمامنا هو حديث "تهى رسول الله ﷺ - عن بيع وشرط"^(٢) وهو لا يفيد إلا فساد عقد البيع^(٣).

والإجابة على هذا التساؤل هو أن الأحناف أدرجوا تحت البيع بقية المعاوضات المالية، وحقيقة الشروط الفاسدة عندهم زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه، والربا يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها.

(١) البدائع ١٦٩/٥ بتصرف، د/ زكي الدين شعبان، الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون، المرجع السابق ص ٣٤٥، د/ محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص ٦٦٧، ٦٦٨.

(٢) أخرجه: الحاكم في معرفة علوم الحديث، ط دار الكتب ص ١٢٨، وابن حزم في المحلى ٤١٥/٨.

(٣) د/ زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، ص ٢١٣، الشروط الشائعة في المعاملات، ص ٣٤٥، ٣٤٦.



٣- الشرط الباطل: وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به نص، ولم يجر به عرف. وليس فيه منفعة تقصد في العرف والعادة كأن يشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بالعين المباعة أو لا يهبها، وحكم هذا النوع أنه لا أثر له لاشتراطه في العقد الذي يوجد فيه، سواء كان في عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة أم في العقود الأخرى كالزواج والكفالة^(١).

ولكن لماذا يفسد الشرط ويصح العقد:
يرجع فساد الشرط إلى أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولا منفعة فيه لأحد، ولم يجر به التعامل، فليس ثمة ما يبرر تصحيحه، أما كون العقد صحيحاً فهو يرجع إلى علتين:
الأولى:

انتفاء علة الفساد وهي الربا أو شبهة الربا، إذ ليس فيه منفعة لأحد، ولا مطالب له فلم يوجد فيه معنى الزيادة التي لا يقابلها عوض، ولذا يبقى العقد صحيحاً^(٢).
العلة الثانية:

لما كان هذا الشرط -كما ذكرنا- لا منفعة فيه لأحد، وليس له مطالب فهو ليس بصفقة ولا عقد، فلم يتضمن البيع باقترانه به صفقة في صفقة، أو عقداً في عقد، فيبقى العقد صحيحاً^(٣).

(١) اللدائع ١٧٠/٥، د/ زكي الدين شعبان، في رسالته السابقة ص ١١٦.

(٢) اللدائع ١٧٠/٥، ويرى أبو يوسف أن العقد فاسد في شرط المزارعة، راجع اللدائع ١٧٠/٣.

(٣) د/ السنهوري، مصادر الحق، ط دار المعارف بمصر، ج ٣، ص ١٣٣.



ومما سبق يتضح لنا تطور المذهب الحنفي وعدم جموده، فهو يجيز الشروط التي جرى بها التعامل بين الناس، والتي جرى بها العرف، ولو كان عرفاً خاصاً، وكما يقول صاحب المبسوط "لأن الثابت بالعرف ثابت ببليل شرعي، ولأن في التورع عن العادة جرحاً بيناً"^(١).

والمقصود بهذا العرف هو الذي نشأ في ظل شريعة الله، ولا شك أن هذا الباب قضى على ما يتوهم المذهب الحنفي من ضيق، فإذا تعارف الناس شرطاً من الشروط، وكان هذا الشرط مشروعاً صح الشرط والعقد^(٢).

ثانياً: مذهب الشافعية:

يمكن استخلاص تقسيم الشافعية للشروط على النحو التالي:

١- الشرط الذي يقتضيه العقد، وهو ما يكون الملتزم به حكماً من أحكام العقد وأثراً من آثاره كاشتراط تعجيل الثمن، وسلامة المبيع واشتراط التسليم، وحكم هذا النوع أنه صحيح لا يضير العقد ذكره ويجب الوفاء به^(٣)، فقد جاء في المذهب "إذا شرط شرطاً نظرت، فإن كان شرطاً يقتضيه البيع كالتسليم والرد بالعيب وما أشبههما لم يبطل العقد"^(٤).

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/١٤، ١٥، ط دار المعرفة، بيروت.

(٢) د/ حسن الشاذلي، المرجع السابق ص ٣١٤.

(٣) د/ زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٤) المذهب للشيرازي، ١/٢٦٨، ط عيسى البابي الحلبي، حواشي عبد الحميد الشرواني، أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج شرح المنهاج ٥/٥٢٥، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، معنى المحتاج للشربيني ٢/٣٤، ط مصطفى الحلبي.



٢- الشرط الذي يقتضيه العقد ولكن في اشتراطه مصلحة تعود على العقد، كاشتراط الرهن، والضمين، وتأجيل الثمن، وخيار الثلاث، فهذا وما شاكله لازم بالشرط دون العقد، لأن إطلاق العقد لا يقتضيه، واشتراطه في العقد لا ينافيه، ولذا فهو شرط جائز يجب الوفاء به، ويكون لصاحب الشرط الخيار في فسخ العقد عند فوات الشرط لأن الرضا بالعقد إنما كان لأجل تحقق المشروط فيه، فإذا انتفى ذلك الشرط زال الرضا بالعقد فيكون له الخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه دفعاً للضرر الذي قد يلحقه من لزوم العقد^(١).

٣- ما كان من موانع العقد ومحظوراته، وهو كل شرط منع المشتري من واجب، أو ألزم البائع ما ليس بواجب، فالذي منع المشتري من واجب كأن يقول بعثك هذه الدار على ألا تسكنها ولا تؤجرها، وأما الذي ما ليس بواجب فهو أن يقول بعثك هذا النخل على أني كفيل بمائة وسق من ثمرها^(٢).

وهذا النوع من الشروط باطل، والعقد باشتراطها فيه باطل، والدليل على بطلان البيع والشرط ما روى أن رسول الله ﷺ نهى عن شرطين في بيع^(٣) ولأن هذه الشروط لا تخلو أن تكون على البائع أو

(١) الحاوي الكبير ٣٨١/٦، ط دار الفكر، د: زكي الدين شعبان في رسالته السابقة، ص ١١٧، ١١٨، روضة الطالبين وعمدة المفتين للنسوي ٤٠٣/٣، ٤٠٤، المكتب الإسلامي، إخلاص النأوى للمقري ٣٨/٢، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٩٤م.

(٢) الحاوي الكبير ٣٨٢/٦.

(٣) أخرجه: الترمذي وقال حديث حسن صحيح جزء ٣، ص ٥٣٥، ٥٣٦ رقم ١٢٣٤، ط المكتبة الثقافية، بيروت، لبنان، كما أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ٣/٧٦٩، =



على المشتري فإن كانت على البائع فقد منعه من استقرار ملكه على الثمن وأدت إلى جهالة فيه، وإن كانت على المشتري فقد منعه من تمام ملكه للمبيع، وأضعفت تصرفه فيه فيبطل العقد بكل منهما^(١).

١- الشرط الذي يخالف مقتضى العقد، ولا نفع فيه لأحد يستحق الانتفاع، وهذا شرط لاغ لا يضير العقد ولا يفسده، ولا يجب الوفاء به^(٢).

ثالثاً: مذهب المالكية:

ينقسم الشرط عند المالكية إلى قسمين:

القسم الأول: الشرط الصحيح، وهو نوعان:

النوع الأول:

الشرط الذي يقتضيه العقد، وهو الذي يكون موجبه حكماً من أحكام العقد كأن يشترط المشتري على البائع تسليم للمبيع، وهذا الشرط يجب الوفاء به ولا يبطل العقد، لأنه لازم دون شرط، فشرطه تأكيد لمقتضى العقد^(٣).

سرقم ٣٥٠٤، ط دار التراث، وأخرجه ابن ماجه فى التجارات، جزء ٢، رقم الحديث ٢١٨٨، ط دار إحياء التراث العربى.

(١) الحاوى الكبير ٦/ ٣٨٢.

(٢) العزيز شرح الوجيز للإمام الرافعى ١١٥/٤ وما بعدها، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الوسيط فى المذهب للإمام الغزالى ٣/ ٧٤، ٧٣، ط دار السلام.

(٣) الشرح الكبير للدريير، مطبوع مع حاشية النسوقى ٣/ ٦٥، ط دار إحياء الكتب العربية، حاشية الصاوى على الشرح الصغير للدريير ٢/ ٣٥، ط مصطفى البابى الحلبي.



النوع الثاني:

الشرط الذي لا ينافي مقتضى العقد كاشتراط تأجيل الثمن في البيع إلى أجل معين، وكاشتراط الرهن والكفيل به^(١)، جاء في مواهب الجليل للحطاب "وإن بعته على حميل لم تسمياه، ورهن لم تصفاه جاز"^(٢) وأثر هذا النوع في العقد تقيده به، ووجوب الوفاء به على من التزمه.^(٣)

القسم الثاني: الشرط الفاسد وهو نوعان:

النوع الأول:

الشرط الذي ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع السيارة أو ألا يركبها، أو يشترط بائع الدار ألا يسكنها، وهذا النوع من الشروط يفسد هو كما يفسد العقد الذي اقترن به.^(٤)

النوع الثاني:

وهو الشرط الذي يخل بالثمن، وذلك كبيع وسلف، وكبيع الثياب وهو أن يبتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له، والشرط

(١) د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص ١٢٢.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٣٧٥/٤، ط دار الفكر.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٥/٣، إرشاد السالك ٤٦/٢، ط دار الفكر.

(٤) الشرح الصغير للرددير ٣٦/٣، ط المعاهد الزهرية، أسهل المدارك شرح إرشاد

السالك ٢٣٢/٢، ط مصطفى الحلبي، الفواكه الدواني ٢٣٢/٢، ط مصطفى البابی

الحلبي.



الفاقد يبطل في جميع الأحوال ولا يعمل به أما أثره على العقد فتارة يفسد العقد إذا كان يناقض مقتضاه، بحيث إذا عمل الشرط كان للعقد حتماً أن يخل فيبطل كل من الشرط والعقد معاً كاشتراط المقرض أن يرد له المقرض أحسن مما اقترض، وقد يبطل الشرط، وحده إذا ناقض الشرط مقتضى العقد ولكن العقد لا يخل إذا أعمل كما في حالة اشتراط الزوجة على زوجها ألا ينقلها، أو ألا يتزوج عليها. (١)

رابعاً: مذهب الحنابلة:

مذهب الحنابلة وعلى الأخص بن تيمية وابن القيم، أوسع المذاهب أخذاً بحرية الاشتراط، وكما يقول السهوري فإن هذا المذهب تخطى مبدأ وحدة الصفقة ولم يتقيد بها كمذهبي الحنفية والشافعية، فالأصل عند الحنابلة - كالمالكية هو أن يكون الشرط صحيحاً، بل هم أبعد مدى من المالكية في تصحيح الشروط، إذ يقع الشرط الفاسد عندهم على سبيل الاستثناء - إذا كان ينافي مقتضى العقد، أو كان قد ورد بالنهي عنه نص خاص. (٢)

وقد قسم الحنابلة الشروط إلى قسمين: شروط صحيحة وشروط فاسدة.

(١) وبقيت حالة الثالثة، وهي بطلان الشرط والعقد معاً إلا إذا نزل عنه المشترط، وذلك كبيع وسلف، حيث يصح البيع إذا حنف الشرط، انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٣٧، د/ السهوري في مصادر الحق، المرجع السابق ٣/١٥٧، ١٥٨.

(٢) د/ السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٣/٦١.



الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني

أولاً: الشروط الصحيحة: الشروط الصحيحة في المذهب الحنبلي هي الأصل، وهي أنواع:

النوع الأول:

الشروط التي يقتضيها العقد، كاشتراط تسليم المرأة إلى الرجل في النكاح، وتمكينه من الاستمتاع بها، وكخيار المجلس والتقابض في الحال، فهذه الشروط وجودها كعدمها وهي معمول بها ولو لم تشترط. (١)

النوع الثاني:

الشروط التي يقتضيها العقد ولكن فيها مصلحة للعاقدين فهي شروط تلائم العقد، كما إذا اشترى داراً واشترط تأجيل الثمن، أو باع سلعة واشترط رهن شيء معين بالثمن، وهي شروط جائزة يلزم الوفاء بها، ولا خلاف في هذين النوعين بين الفقهاء. (٢)

النوع الثالث:

الشروط التي ليست من مقتضى العقد، ولا من مصلحته إلا أنها لا تنافي بمقتضى العقد، ومنها ما جاء في للمغني "ويصح أن يشترط

(١) المغني لابن قدامة ٥١٤/٤، ط دار الفد العربي للمرداوي، الإتحاف للداودي ٤٣٠/٤، ط دار إحياء التراث العربي، د/ زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد ص ١٢٧.

(٢) حاشية بن عابدين ٢١٠/٧، دار إحياء التراث العربي، المشرح الصغير للسردير ٣٨/٣، الحاوي الكبير ٣٨١/٦، ط دار الفكر، المغني لابن قدامة ٥١٤/٤، الروض المربع ٢٤٢، ط دار التراث، المبدع شرح المقنع لابن مفلح ٥١/٤، المكتب الإسلامي.



البائع نفع المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكانها شهراً، أو جملاً ويشترط ظهره إلى مكان معلوم....^(١) وحكم هذا النوع، حكم النوع الذي تقدمه وهو تقيد العقد بموجبه، وثبوت الخيار للشارط بين فسخ العقد وإمضائه عند فوات ما شرطه.^(٢)

ويتوسع المذهب الحنبلي في إباحة هذا النوع من الشروط، حيث يأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في الزواج، ويجيز للزوجين اشتراط ما شاءا من الشروط التي فيها منفعة لا تتعارض مع موضوع الزواج ونصوص الشريعة^(٣)، كاشتراط الزوجة ألا يخرجها من بلدها أو من دارها، أو ألا يتزوج عليها فإن لم يف بهذه الشروط كان لها أن تفسخ الزواج^(٤)، وذلك لما ثبت في الصحيحين عن النبي -ﷺ- أنه قال: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"^(٥)

ثانياً: الشروط الفاسدة: وهي نوعان:

النوع الأول:

الشروط التي تنافي مقتضى العقد مثل أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه، أو يشترط البائع أن يكون أحق بثمنه

(١) المغنى لابن قدامة ٤/٤٣٣.

(٢) د/ زكى الدين شعبان، في رسالته السابقة ص ١٢٨.

(٣) د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٢٠٩.

(٤) الفتاوى لابن تيميه ٣/٣٢٧.

(٥) صحيح البخارى ٥/٣٨٠ رقم ٢٧٢١، صحيح مسلم بشرح النووي ٩/١٧٠ رقم



إن باعه المشتري^(١) فهذه الشروط فاسدة تبطل ولا يعمل بها، وأما حكم العقد الذي اقترن به الشرط ففيه روايتان الأولى أن العقد صحيح وهو ظاهر كلام الخرقى^(٢) وهو قول الحسن والشعبي والنخعي.

والثانية: أن العقد فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي^(٣) لأن النبي - ﷺ - نهى عن بيع وشرط^(٤).

ولأنه شرط فاسد فأفسد البيع، كما لو شرط فيه عقداً آخر، ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن البيع، والمشتري كذلك، إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه والبيع من شروطه التراضي^(٥).

والراجح هو الرأي الأول لقول الرسول - ﷺ - " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط"^(٦).

(١) المغنى لابن قدامة ٥١٥/٤، د/ السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٦٤/٣، ١٦٥.

(٢) المغنى لابن قدامة ٥١٥/٤

(٣) راجع: للأحناف البدائع ١٧٠/٥، وللشافعية الحاوي الكبير ٣٨٢/٦.

(٤) الحديث أخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث، ص ١٢٨، ط دار الكتب.

(٥) المغنى لابن قدامة ٥١٥/٤.

(٦) صحيح البخاري في البيوع ٤٤٠/٤ رقم ٢١٦٨، ٢١٦٩، صحيح مسلم بشرح النووي ١١٣/١٠، ١١٤ رقم ١٥٠٤، ط دار الفكر.



النوع الثاني:

يكون الشرط فاسداً أيضاً إذا ورد في النهي نص خاص وقد نهى - عنه - عن بيعتين في بيعه، وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف فقال - عنه - "لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك" ^(١) فإذا شرط أحد العاقدين على صاحبه عقداً آخر كأن يبيع له شيئاً بشرط أن يسلفه جزءاً من ماله أو يؤجره داره، فإن ذلك البيع يكون فاسداً وباطلاً، لنهيه - عنه - عن ذلك، والنهي يدل على فساد المنهي عنه وبطلانه ^(٢)، ولذا جاء في المغنى "الثاني أن يشترط عقداً في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسلفه فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري" ^(٣).

وإذا أردنا أن نقيم مذهب الحنابلة فإننا سنجد أنه يمثل تطوراً في الفقه الإسلامي، فقد أجاز الحنابلة - كما سبق - من الشروط ما لم يجره غيرهم، ومن ذلك اشتراط البائع للسيارة مثلاً أن يستخدمها قبل تسليمها مدة كذا أو توصيل البائع الشيء المبيع لدار المشتري، أو أن يكون على الزوج ألا يتزوج على امرأته أو أن يبقىها مع أهلها، أو في دارها مثلاً.

(١) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع ٣/ ٧٦٩ رقم ٣٥٠٤، كما أخرجه الترمذي وقال حديث حسن باب في كراهية بيع ما ليس عندك - كتاب البيوع ج ٣ ص ٥٣٥، ٥٣٦ رقم ١٢٣٤.

(٢) د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص ١٢٩.

(٣) المغنى لابن قدامة ٤/ ٥١٤.



هذا عن الحنابلة بصفة عامة، أما ابن تيمية بصفة خاصة فهو أوسع صدرًا للشروط إذ يجيز منها كل شرط لا يناقض حكم الله ورسوله^(١)، ولذا يقول "إن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو قياس عند من يقول به، وأصول أحمد - رحمته الله - المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في المذاهب الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه".^(٢)

(١) ينظر د/ محمد يوسف موسى، المرجع السابق ص ٤٢٦، ٤٢٥.

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣/٣٢٦.



المبحث الثاني

الشروط الصحيحة والباطلة في القانون المدني

نتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: ضوابط الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني

المطلب الثاني: أثر الشروط في الالتزام والتصرف في القانون

المدني.

المطلب الأول

حكم الشروط المقترنة بالعقد في القانون المدني

من المبادئ المستقرة في القانون مبدأ سلطان الإرادة، ووفقاً لهذا المبدأ يجيز القانون للمتعاقدين أن يضمنا عقدهما ما يشاءان من الشروط، كما يجيز لهما أن يحددا آثار العقد، ولا يحد من هذه الحرية إلا ما كان مقررأ لحفظ النظام العام والآداب، ولا يتوقف صحة ما يدرجه المتعاقدان من الشروط على اتفاقه مع القواعد المكملة، لأن من الشروط تطبيق هذه القواعد ألا يتفق المتعاقدان على ما يخالفها، وإلا فإنها لا تطبق، لأن العقد شريعة المتعاقدين، ومقتضى هذه القاعدة أن ما اتفق عليه المتعاقدان وارتضوه هو القانون الذي يلتزمان به، وتوضح المادة (١/٤٥٦) ما ذكرناه، فقد نصت على أنه "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك، فهذا النص يقرر أن الثمن يدفع في نفس المكان الذي فيه تسليم الشيء المبيع، ثم



يضيف أن هذا الحكم لا يطبق إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره^(١)، فكل نص - كهذا النص الذى معنا- يزيل بعبارة "ما لم يوجد اتفاق أو إذا لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، يدل على أن هذه القوانين لا تطبق فى حالة وجود اتفاق بين المتعاقدين.

وهكذا نجد أن القانونيين يجعلون الأصل فى الشروط هو الجواز والصحة ويطلقون الحرية للناس فى هذا الباب، ولا يقيدونهم إلا بقيد واحد وهو ألا يخالف الشرط النظام العام والآداب^(٢) وقواعد النظام العام هى تلك القواعد التى تنظم المصالح الأساسية فى المجتمع سواء أكانت مصالح سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية، هذه المصالح الأساسية فى المجتمع ينظمها المشرع بقواعد أمره، ولا يجوز للأفراد أن يخالفوها فى اتفاقهم، ولو حققت لهم مصالح خاصة.^(٣)

ويقصد بالمصالح السياسة تلك التى تتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرتها لسيادتها عن طريق السلطات المختلفة.

كالقوانين المتعلقة بالدستور والحريات العامة، والمصالح الاجتماعية، تلك التى تهدف إلى كفالة الأمن والنظام فى الدولة، وكذلك كل ما يتعلق بتنظيم الأسرة وبمسائل الأحوال الشخصية، والمصالح

(١) د/ محمد لبيب شنب، الوجيز فى مصادر الالتزام ط ١٩٩٣م، ص ٣٠، د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ط ١٩٩٣، ص ١٣٨-١٤٣.

(٢) د/ زكى الدين شعبان، فى بحثه السابق ص ١٥، ١٤، مجلة القانون والاقتصاد.

(٣) د/ عبد الوود يحيى، نعمان جمعة: دروس فى مبادئ القانون ط ١٩٩٦م، ص



الاقتصادية يقصد بها كل ما يتعلق بتنظيم الإنتاج القومي في الدولة، وتداول النقد فيها. (١)

وفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف من بلد إلى آخر، وفي البلد الواحد من زمن إلى آخر، فتعدد الزوجات، وحق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة يعتبر من النظام العام في مصر باعتبارها دولة إسلامية، ويعتبر مخالفاً للنظام العام في البلاد الأوربية باعتبارها بلاد غير إسلامية، ونظام الرق كان مسموحاً به في مصر في القرن الماضي، في حين أنه صار محرماً اليوم، فلا يسوغ أن يتفق شخص مع آخر على أن يسترقه. (٢)

أما قواعد الآداب: فهي مجموعة الأسس الأخلاقية السائدة التي يرى المجتمع أنها ضرورية لحفظه من الانحلال، أو مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكيفه. (٣)

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية القانون، المرجع السابق ص ١٤٧، د/ عبد الودود يحيى، د/ نعمان جمعة، المرجع السابق ص ٥٧.

(٢) د/ عمر السيد أحمد عبد الله مؤمن، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط دار الثقافة العربية ١٩٨٨م ص ٢٠٠، د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ١٥٠.

(٣) د/ عبد الودود يحيى، د/ نعمان جمعة، المرجع السابق ص ٦٠.



وفيما يلي نورد طائفة من الشروط الصحيحة والباطلة التي توضح ذلك:

أ- يجيز القانون للمتعاقدين أن يشترطا في عقد البيع أن يتم تسليم المبيع في ميعاد معين لاحق لنشوء العقد، وأن تكون تبعة الهلاك على المشتري قبل التسليم أو على البائع بعد التسليم لأن القاعدة التي تربط بين تبعة الهلاك والتسليم من القواعد المكملة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها^(١)، كذلك يجيز القانونيون لصاحب السلعة أن يشترط على من انتقلت إليه عدم التصرف فيها بالبيع وغيره، متى كان ذلك الشرط بمدة محددة كمدة حياة ناقل الملكية، وكان مبنياً على مصلحة مشروعة.^(٢)

ب- ومن الشروط التي لا يجيزها القانون أن يشترط صاحب العمل على العامل ألا ينافسه بعد انتهاء عقد العمل مدة حياة العامل، لأن هذا الشرط يعد قيداً على حرية العمل وعلى حرية التجارة^(٣) كذلك الشرط القاضي بإلا يحترف المشتري عليه مهنة معينة يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشتري كأن يحمي نفسه حماية مشروعة من منافسة المشتري عليه، وإذا اشترطت الزوجة غير المسلمة على أن تكون أولادها من زوجها المسلم على

(١) د/ محمد علي عمران: الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، ط دار النهضة ص ٢٢٦، ٢٣٢.

(٢) راجع: د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة ص ٩٨.

(٣) د/ محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، ط دار النهضة ص ٢٠٦ وما بعدها.



دينها هي لا على دين زوجها، وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها، فإن هذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام والآداب^(١)، كذلك إذا كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه لخطر جسيم حق له أن يطلب إلغاء الإيجار والاتفاق على خلاف هذا الحكم يقع باطلاً^(٢).

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ١٤٣، ط دار الفكر.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ط ١٩٨٤م، ص ٦١٨، ٦١٩.



المطلب الثاني

أثر الشرط في القانون المدني

يختلف أثر الشرط في التصرف أو الالتزام تبعاً لما إذا كان الشرط صحيحاً أو باطلاً ، فإذا كان الشرط صحيحاً صار جزءاً من العقد ولزم العمل بمقتضاه ، وإذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه كان المتعاقد الآخر مخيراً بين طلب الفسخ أو طلب التنفيذ إذا كان العقد ملزماً للجانبين مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى ، وفي ذلك تقضى المادة (١٥٧ / ٢) بأنه يجوز للعاقد إذا أخل العاقد الآخر بالتزامه وبعد إعداره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، وإذا كان الشرط باطلاً لمخالفته للنظام العام والآداب فالأصل إهدار العقد كله وهو ما يتحقق إذا كان الشرط هو الباعث الرئيسي على التعاقد، ويستثنى من هذا الأصل تجزئة العقد، بحيث يكون الالتزام بالشرط باطلاً، ويبقى العقد الذي تضمنه الشرط صحيحاً وهو ما يسمى بنظرية انتقاص العقد وذلك إذا لم يكن هذا الشرط هو الباعث الرئيسي على التعاقد. (١)

وقد نصت على هذه الحالة المادة (١٤٣) بقولها: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال

(١) د/ زكى الدين شعبان في رسالته السابقة ص ١٤٣، ١٤٤، د/ عبد الرزاق حسن

رج، مصادر الالتزام ١٩٨٣م، ص ٢٦١، ٢٦٠، د/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية

... والإرادة المنفردة المرجع السابق ص ٤٩٨، ٤٩٩.



فيبطل العقد كله، ومثال الحالة التي نحن بصددھا، وهی تلك التي يمكن فيها انتقاص العقد أن يهب رجل امرأته ماله، ويشترط عليها ألا تتزوج من بعده إذا مات مدفوعاً في ذلك بمحض الغيرة، فإن عقد الهبة يكون صحيحاً لعدم وجود ما يبطله ويبطل شرط عدم الزواج لمخالفته للنظام العام والآداب، بسبب تقييده لحرية الزوجة، إلا إذا اثبت الزوج أو خلفاءه من بعده أن العقد كله ما كان لينتم من غير الشق الأخير، بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع الذي حث الواهب على إجرائه وإلا بطل العقد كله، ويعنى ما سبق أن الشرط الأساسي لإعمال انتقاص العقد ألا يكون متعارضاً مع قصد أي من العاقدین ولا يكفي مجرد أن يكون محله قابلاً للإبطال بطبيعته للانتقاص.^(١)

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٤٩٨-٥٠٠، د/ مصطفى الجمال: مصادر الالتزام، ط دار المطبوعات الجامعية ١٩١٩م ص ٢٠١، ٢٠٠، د/ عبد الحی حجازی: موجز النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، المطبعة العالمية ١٩٥٥م، ص ٣٣٤، ٣٣٥.



المبحث الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

فيما يتعلق بالشروط الصحيحة والباطلة

١- اختلف علماء الفقه الإسلامي في ضوابط الشروط المقترنة بالعقد إلى رأيين:

الرأى الأول:

يرى أن الأصل في الشروط هو الحظر والمنع إلا ما ورد الشرع بإجازته وهو الفريق المضيق وإليه ذهب أهل الظاهر وهو ما يتفق مع رأى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية.

الرأى الثانى:

يرى أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها إلا ما دل نص أو قياس على تحريمه ذهب إلى ذلك الحنابلة ومن وافقهم.

٢- يختلف القانون المدني مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلون بأن الأصل في الشروط المنع إلا ما دل على جوازه دليل معين، ويتفق مع ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم القائلون بأن الأصل فى الشروط الجواز ولا يحرم منها إلا ما خالف العقد حكم الله ورسوله فالجميع يفتحون باب الشروط على مصراعيه أمام المتعاقدين ويجعلون لإرادتهما دوراً فى تحديد الحقوق التى تنشئ العقد، إلا أن فقهاء الشريعة سندهم فيما ذهبوا إليه الأدلة الشرعية المثبتة لهذا الأصل، وأهل القانون يعتمدون على ما يترتب على هذا العمل من فائدة تعود على الناس فى حياتهم العملية، ومن جهة أخرى فإن فقهاء الشريعة



الإسلامية يحكمون نصوصها وفواعل التشريع العامة في الحكم على بعض الشروط بالبطلان، أما أهل القانون فهم يحكمون نصوص القانون وقواعده العامة، وهناك فرق شاسع بين ما يستند إليه فقهاء الشريعة الإسلامية من نصوص واضحة بينة لا تتغير ولا تتبدل لأنها صادرة عن الخبير بمصالح العباد، وبين ما يستند إليه أهل القانون من نصوص هي من صنع البشر ومرتبة للتغير والتبدل. (١)

٣- فيما يتعلق بأثر الشروط في العقود والتصرفات في المذاهب الإسلامية المختلفة فإن الشرط إذا كان صحيحاً كان العقد شاملاً، وإذا كان العقد باطلاً أو فاسداً، كان العقد فاسداً، وقد قسم الفقهاء على اختلاف مذاهبهم شروطاً، إلى شروط صحيحة، وشروط غير صحيحة، وبالموازاة بين آراء الفقهاء في هذا الصدد يتبين لنا اتفاق المذاهب على صحة كل من الشرط الذي يقتضيه العقد وشرط الذي فيه مصلحة العقد مع اختلاف في التطبيقات بسبب ما يراه البعض أنه مما يقتضيه العقد، أو من مصلحته، ومن لا يراه كذلك، كما اتفقوا على بطلان الشرط المؤدى إلى مخالفة نص شرعي، والشرط المؤدى إلى عدم التصرف في المعقود عليه، أما بطلان العقد مع كل شرط منها فهم لم يتفقوا عليه (٢) فعلى سبيل المثال ففي الشرط الأول قال بصحة العقد المالكية والحنابلة وأبطل العقد مع الشرط الأحناف والشافعية،

(١) راجع: د/ زكي الدين شعبان: نظرية الشروط المقترنة بالعقد، المرجع السابق ص

(٢) د/ عبد المحسن الرويشد في رسالته السابقة ص ٩١



وسما ينبغي ملاحظته فى هذا المقام أن جمهور الفقهاء يتفقون مع أهل الظاهر فى أنه لابد فى صحة الشرط من دليل معين يدل على الصحة إلا أنهم يختلفون معهم فى التطبيق، ويتوسعون فى الشروط أكثر منهم، ويرجع ذلك إلى أن أهل الظاهر ضيقوا فى الأدلة التى يعتمد عليها فى إثبات الأحكام حيث قصروها على ظواهر النصوص وإجماع الصحابة، بخلاف الجمهور حيث توسعوا فى ذلك وعملوا بـتأثير النص ودلالته ومفهومه والقياس والاستحسان. . الخ^(١).

ومن جهة أخرى فإن فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية وأكثر الحنابلة يختلفون فيما بينهم توسعة وتضييقاً فى الشروط، فالحنفية باعتمادهم للعرف فى صحة الشروط التى لا يقتضيها العقد قد فتحوا جزءاً كبيراً من باب الشروط أمام المتعاقدين، والمالكية والحنابلة بتصحيحهم الشروط التى لا تظهر منافاتها لمقتضى العقد، وإن كانت لا توافق ذلك المقتضى، قد وسعوا دائرة الشروط الصحيحة نوعاً ما، والشافعية بتمسكهم بمقتضى العقود وإبطالهم كل شرط لا يوافق ذلك المقتضى، وإفسادهم الشروط المتعارفة، قد ضيقوا باب الشروط أكثر من غيرهم، بحيث يمكن القول، أنهم قريبون من الظاهرية فى هذه المسألة، وهو ما يعنى أن أكثر ساس تصحيحاً للشروط الحنابلة ثم الحنفية والمالكية، ثم الشافعية ثم الظاهرية فهم على طرفى نقيض من الحنابلة. (٢)

(١) د/ عبد المحسن الرويشد، المرجع السابق ص ٥٨٥.

(٢) د/ زكى الدين شعبار، نظرية الشروط المقرنة بالعقد، المرجع السابق ص



٤- أما عن أثر الشرط في التصرف في القانون، فإن الشرط إذا كان صحيحاً صار جزءاً من العقد ولزم العمل بمقتضاه، وإذا كان باطلاً لمخالفته للنظام العام والآداب بطل الشرط وصح العقد إلا إذا ظهر من إرادة المتعاقدين أن الشرط هو الباعث الدافع على التعاقد، وبمقارنة الأحكام التي قررها القانون في أثر الشرط في الالتزام بالأحكام التي قررها فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أن هناك اتفاقاً يكاد يكون تاماً في أثر الشرط إذا كان صحيحاً، أما إذا كان باطلاً فإن القانون يختلف مع ما ذهب إليه الأحناف والشافعية ومن وافقهم ويتفق مع مذهب الحنابلة من ناحية أن الأصل العام في الشرط الباطل أنه يبطل وحده، ويبقى العقد الذي اشتمل عليه صحيحاً تترتب عليه جميع آثاره، ولكنهم يختلفون فيما يستنتى من هذا الأصل فالحنابلة يستنون الشرط الذي يترتب على اشتراطه إلغاء المقصود من العقد فيحكمون ببطلان كل من الشرط والعقد، والقانون يستنتى الشرط الذي يعد سبباً دافعاً إلى التعاقد. (١)



الفصل الثاني

حكم الشرط الجزائي

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

ونتناول هذا الفصل في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: حكم الشرط الجزائي في القانون.

المبحث الثالث: موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

المبحث الأول

حكم الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

من المعروف والمسلم به في الفقه الإسلامي أن مصطلح الشرط الجزائي غير معروف فيه، وإنما جاء ذكره في صورة مسائل فقهية ولعل أول وجود له في الفقه الإسلامي ما رواه البخاري في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكرهه: ادخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج فقال شريح من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه^(١) فهذه المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية. (٢)

(١) سبق تخريجه ص ١٨ هامش رقم (١) من البحث.

(٢) أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، الناشر: دار الثقافة الجامعية للدكتور طلبة وهبة خطاب ص ١٠٣، ١٠٤.



والشرط الجزائي نوعان:

١- نوع يتعلق بالديون كأن يتفق الدائن مع المدين على تعويضه مبلغاً معيناً عن كل يوم تأخير، فهذا الشرط لا يجوز شرعاً باتفاق الفقهاء، لأنه صريح الربا، سواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة لأن الكل رباً نسيئة وهو محرم.

وقد دل على تحريم هذا النوع من الشرط الجزائي الكتاب والإجماع:

أولاً: الدليل من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١) فقد دلت هذه الآية على أن الربا المنهى عنه هو أن يأخذ الدائن من المدين زيادة على أصل المال مقابل الأجل، وقد ذكر في الآية أن الذين يتعاملون بالربا ويمتصون دماء الناس لا يقومون من قبورهم يوم القيامة إلا كما يقوم المصروع من جنونه، وقد صرحت الآية بتحريم الربا ونفى المماثلة بينه وبين البيع، لما للربا من الضرر الفادح بالفرد والمجتمع؛ لأن فيه زيادة متقطعة من جهد المدين ولحمه^(٢).

(١) سورة البقرة جزء من الآية رقم ٢٧٥.

(٢) صفوة التفاسير للشيخ محمد على الصابوني ١/١٥٧، ١٥٨، ط دار السلام.



وقال ابن القيم فأما الربا الجلى فربا النسبئة، وهو الذى كانوا يفعلونه فى الجاهلية مثل أن يؤخر دينه ويزيده فى المال، وكلما أخره زاده فى المال حتى تصير المائة عنده آلافاً مؤلفه^(١).

وقد اعترض على الاستدلال بهذه الآية بأن الربا الذى نزل القرآن بتحريمه مجمل غير واضح، وقد أجيب عن ذلك بأن هذا القول غير صحيح، قال ابن العربى: "إن من زعم أن هذه الآية مجملة لم يفهم مقاطع الشريعة، فإن الله تعالى أرسل رسوله - ﷺ - إلى قوم منهم بلغتهم، وأنزل عليهم كتابه - تيسيراً منه - بلسانه ولسانهم، وقد كانت التجارة والبيع عندهم من المعانى المعلومه، فأنزل عليهم مبيناً لهم ما يلزمهم فيها ويعقدونها عليه فقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾^(٢) والربا فى اللغة الزيادة والمراد فى الآية كل زيادة لا يقابها عوض...^(٣)

ثانياً: الدليل من الإجماع:

أجمع العلماء على أن ربا النساء - المتضمن زيادة فى المال مقابل زيادة الأجل حرام - وقد نقل هذا الإجماع كثير من العلماء منهم الجصاص حيث قال: "ولا خلاف أنه لو كان عليه ألف درهم حالة فقال له: أجلنى لأزيدك فيها مائة درهم، لا يجوز لأن المسألة عوض عن

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/١٥٤، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية.

(٢) سورة النساء الآية رقم (٢٩).

(٣) أحكام القرآن لابن العربى ١/٢٤٢، ط دار الفكر.



الأجل، كذلك الحط في معنى الزيادة، إذ جعله عوضاً عن الأجل، وهذا هو الأصل في امتناع جواز أخذ الإبدال عن الآجال^(١) كما نقل مثل هذا الإجماع بن عبد البر^(٢)، وقال بن قدامة: الربا على ضربين، ربا الفضل وربا النسيئة وأجمع أهل العلم على تحريمهما...^(٣)، وقد قال بعنم جواز هذا الشرط كثير من العلماء المعاصرين منهم الشيخ زكي الدين شعبان، والشيخ الزرقاء، والدكتور الصديق الضريع، مما يدل على أن الشرط الجزائي المتضمن الاتفاق على مقدار التعويض لأجل التأخير لا يجوز شرعاً إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود لأنه ربا نسيئة ولا يجوز أيضاً ما يسمى بجدولة الديون، لأنها تتضمن زيادة الدين لأجل تأخير الأجل^(٤)، وممن قال بحرمة هذا النوع من الشروط من العلماء المعاصرين الدكتور صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان حيث ذكر أن الربا نوعان:

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٨٦/٢، ١٨٧، ط دار المصنف.

(٢) الكافي لابن عبد البر ٦٣٣/٢، ط مكتبة الرياض الحديثة، جاء فيه: (أجمع العلماء من السلف والخلف على أن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه هو أن يأخذ صاحب الدين لتأخير دينه بعد حلوله عوضاً عينياً أو عرضاً وهو معنى قول العرب إما أن تقضى وإما أن تربي).

(٣) المغني لابن قدامة ٣٩/٤، ط دار الغد العربي.

(٤) راجع: بحوث في قضايا اقتصادية معاصرة د/ محمد سليمان الأشقر، د/ ماجد محمد أبو رخية، د/ محمد عثمان شبير، د/ عمر سليمان الأشقر ٨٦١/٢، ٨٦٢، ط دار النفائس للنشر والتوزيع ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م.



١ - النوع الأول ربا النسيئة ... وهو نوعان أحدهما قلب الدين

على المعسر وهذا هو أصل الربا في الجاهلية هو أن الرجل يكون له على الرجل المال المؤجل، فإذا حل الأجل قال له: أنقضى أم تربى فإن

وفاه وإلا زاد هذا في الأجل وزاد في المال فيضاعف المال والأصل واحد وهذا الربا حرام بإجماع المسلمين قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(١) ويدخل في هذا النوع من الربا الذي حرمه الله: الفائدة التي يأخذها الدائن في مقابل التأخير في ثمن المبيع الذي لم يدفعه المشتري عند حلوله، وهي ما أجازها القانون الوضعي، وعرفت بفائدة التعويض عن التأخير بالوفاء بالالتزام، كما يدخل فيه الفائدة التي يأخذها الدائن نظير انتفاع المدين بالنقود مدة معينة، وكل ذلك ربا في نظر الإسلام لا يجوز الاتفاق عليه، ولو حصل الاتفاق عليه كان اتفاقاً باطلاً لا يترتب عليه أى أثر^(٢).

٢ - والنوع الثانى الشرط الجزائي: في الالتزامات التي يكون

محلها شيئاً آخر غير النقود، كأن يكون هناك عقد بين صاحب بنساء ومقاول، ويشتمل العقد على نص يقضى بإلزام المقاول بدفع غرامة مالية عن كل يوم يتأخر فيه عن العمل فما حكم مثل هذا الشرط في العقود؟

والجواب: أن هذه المسألة تتعلق بما هو معروف عند أهل العلم

بالشرط الجزائي، وغالباً ما يكون هذا الشرط مثاراً للجدل، خاصة عندما

(١) انظر: بحوث فقهية معاصرة في قضايا فقهية معاصرة بقلم صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان الأستاذ بجامعة محمد بن سعود الإسلامية، الناشر: دار العاصمة ص ١٠٥، والآية ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٢) راجع: بحث عن الشرط الجزائي في الشريعة والقانون د/ زكى الدين شعبان، ضمن مجلة الحقوق والشريعة السنة الأولى العدد الثانى ص ١٣٦، ١٣٧.



يدعى المشروط عليهم أن هذا الشرط من باب أكل أموال الناس بالباطل، مما يجعل بعض مشروطيه يترددون في تطبيقه، أو يتساءلون عن مدى شرعيته خشية الوقوع في الإثم.

وفى الفقه الإسلامى ما يدل على تداول الفقهاء بشأنه، وتجويز بعضهم لاتفاقات المتعاقدين عليه إعمالاً للعرف الصحيح^(١) واستناداً إلى بعض الأدلة من جهة أخرى^(٢).

والحقيقة أن مسألة الشرط الجزائي تتدرج تحت موضوع أهم وهو مدى حرية الشروط العقدية، ويظهر لنا من كتابات الفقهاء المحدثين فى الفقه الإسلامى أن فكرة الشرط الجزائي ليست غريبة وبصفة خاصة لدى المالكية^(٣) قال الشيخ الحطاب فى التزاماته بعد أن نقل ما ذكره بن رشد عن بن نافع فيمن باع سلعة من رجل وقال إن خاصمتك فهى صدقة عليك فخاصمه فيها إن الصدقة تلزمه، ومثل مسألة بن نافع ما يكتب الآن من مستندات البيع أن البائع التزم للمشتري متى قام وادعى فى الشئ المبيع أو خاصم كان عليه للمشتري أو للفقراء كذا وكذا فلا يحكم عليه بذلك على المشهور ويحكم به على قول بن نافع، ثم قال بعد ذلك وأما إذا التزم أنه

(١) راجع: نظرية العقد والتعسف فى استعمال الحق من جهة الفقه الإسلامى د/ محمد أحمد سراج، ط دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٨م، ص ٢٦١.

(٢) ومن ذلك ما سبق ذكره من أن رجلاً قال لكريه أدخل ركابك فإن لم أرحل يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه، ينظر فتح البارى ٤١٧/٥.

(٣) انظر: فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك ١/ ٢٦١، ٢٦٤، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.



إن لم يوفه حقه في الوقت كذا فله عليه كذا وكذا، فهذا لا يختلف في بطلانه لأنه صريح الربا، سواء كان الشيء الملتزم به من جنس الدين أو غيره، وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة، وقد رأيت مستنداً بهذه الصفة وحكم به بعض قضاة المالكية الفضلاء بموجب الالتزام وما أظن ذلك إلا غفلة منه، وأما إذا التزم أنه إن لم يوفه حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان، أو صدقة للمساكين فهذا محل خلاف فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقدم، وقال بن دينار يقضى به^(١)، وقد قرر قبل ذلك أن الالتزام في ذاته صحيح يجب الوفاء به ديانة، وأن الخلاف إنما هو في القضاء به فقط، فالمشهور عدم القضاء به وغير المشهور لزوم القضاء به^(٢) ومن هذا يؤخذ أن المالكية يصححون مثل هذا الالتزام (الشرط الجزائي) إلا إذا كان مفضياً إلى الربا وذلك بأن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود التزم المدين بأن يدفع للدائن مقداراً من المال إذا تأخر عن الوفاء به في الوقت المحدد وهو ما يسمى في القانون بفائدة التأخير، فإن هذا الالتزام لا يكون صحيحاً ولا يجوز العمل بموجبه لأن هذه الفائدة ربا والشريعة لا تجيز الربا ولا تقره بحال^(٣).

(١) فتح العلى المالك المرجع السابق ص ٢٦٤.

(٢) المرجع السابق ص ٢٥٠.

(٣) راجع: د/ زكي الدين شعبان في نظرية الشروط المقرنة بالعقد في الشريعة والقانون المرجع السابق ص ١٦٢، ١٦٣، وراجع بحث الشرط الجزائي في الشريعة والقانون ص ١٣٤ وما بعدها، وراجع أيضاً: مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام رقم ٣٨٦، ص ٧١٣، ٧١٤.



ويوافق مذهب المالكية ما ذهب إليه شريح القاضي والذي أخرجه البخاري^(١) وفي نهايته قال شريح: " من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه" فهذا الكلام يدل دلالة واضحة على أنه إذا التزم أحد طرفي العقد عند التعاقد أن يدفع إلى الطرف الآخر مقداراً معيناً من المال إن لم يتم بتنفيذ العقد، وكان التزامه صادراً عن رضا واختيار فإن هذا الالتزام يكون صحيحاً ويجب العمل بمقتضاه، وهذا هو مضمون الشرط الجزائي، وإن لم يعرف بهذا الاسم عند فقهاء الشريعة، وبناء على ما سبق يكون الشرط الجزائي صحيحاً في رأي شريح القاضي وعند المالكية^(٢).

أما عن حكم هذا الشرط عند غيرهم من أصحاب المذاهب الأخرى فإنهم لم يؤثر عنهم نص صريح فيه، ولكن يمكن التعرف على رأيهم من خلال ما نكروه في الشروط وهل الأصل فيها الجواز أم المنع، فنقول: إن الشرط الجزائي صحيح على رأي القائلين بأن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم شرط ولا يبطل إلا إذا ورد نهى عنه بخصوصه كالشرط الذي يحل حراماً أو يحرم حلالاً، والشرط الجزائي الذي لا يؤدي إلى الربا، لم يرد عنه نهى بخصوصه فهو لا يخالف كتاب الله ولا سنة رسول الله - ﷺ - فيكون شرطاً صحيحاً ينتج أثره إذا اشترط في عقد من العقود، وعلى رأس القائلين بأن الأصل في الشروط الجواز والصحة الإمام أحمد بن حنبل كما نص على ذلك ابن تيميه وابن القيم^(٣).

(١) سبق تخريج هذا الحديث ص ١٨ هامش رقم (١).

(٢) بحث الشرط الجزائي للدكتور زكي الدين شعبان السابق ص ٣٦.

(٣) راجع: الفتاوى لابن تيميه ٣ / ٣٢٦، أعلام الموقعين لابن القيم المرجع السابق ٣ /



فالأصل في المذهب الحنبلي إطلاق الشروط في العقود، ووجوب الوفاء بما يشترطه العاقد على نفسه ما لم يكن ذلك ممنوعاً بحكم الشرع، وهذا الاجتهاد أوسع الاجتهادات الفقهية في هذه المسألة بل أهمها، وقد سبق النظريات القانونية المعاصرة بمئات السنين^(١) فالشرط الجزائي عند الحنابلة يقع ضمن الشروط الصحيحة، وعلى وجه الدقة يندرج تحت نوع منها هو الشروط التي تحقق مصلحة العاقدين، ووجه المصلحة أن الشرط الجزائي حافز لما اشترط عليه أن ينجز للمشترط حقه ومساعد له على الوفاء بشرطه، فكان شبيهاً باشتراط الرهن والكفيل^(٢) ومن جهة أخرى فإن الحنابلة أجازوا شرط العربون بناء على قيام الدليل الشرعي على جوازه^(٣).

وهذا يدل على جواز الشرط الجزائي عندهم وإن لم يصرحوا بحكمه؛ لأن كليهما يتضمن إلزام أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من المال عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه جزاء على تقصيره، وكلاهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب فيها، وحث المتعاقدين على التنفيذ، وذلك بتخويله من مغبة عدم التنفيذ، لأن هذا يعرضه لخسارة العربون الذي دفعه وقت العقد ودفع المبلغ المتفق عليه في الشرط الجزائي^(٤).

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، بحث بعنوان (مدى مشروعية الشرط الجزائي في العقود، للعدد ٣٦ السنة التاسعة ص ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٦.

(٢) د/ طلبة وربة خطاب، المرجع السابق ص ١٠٤، ١٠٥.

(٣) المفنى لابن قدامة ٤ / ٥١٨.

(٤) راجع: بحث الشروط الشائعة في المعاملات وأحكامها في الشريعة والقانون للدكتور/ زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص ٣٥٦، ٣٥٧.



٢- أما على رأى القائلين بأن الأصل فى الشرط المنع والحظر إلا إذا دل دليل معين على الجواز - وهم الظاهرية والأحناف والشافعية ومن وافقهم - فإن هذا الشرط لا يكون صحيحاً إذا لم يقم الدليل الشرعى المعين على جوازه، ذلك أن الشافعية قصرُوا الدليل الشرعى الذى يدل على صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد، والذى لا يلائمه على النص والإجماع والقياس، والشرط الجزائى لا يوجد فيه نص ولا إجماع ولا قياس يدل على جوازه، فلا يكون شرطاً صحيحاً عندهم، فلو اشترط فى العقد كان شرطاً باطلاً لا يجوز العمل بمقتضاه، وكذلك الظاهرية لا يعتبرون من الشروط إلا ما ورد النص بإثباته وقام الدليل على وجوب الوفاء به، ونظراً لأن الشرط الجزائى لا يوجد فيه دليل صريح فهو غير جائز عندهم^(١).

أما الأحناف فمن المعلوم أنهم يقرون العرف ويجعلون الثابت به كالثابت من النص، لأن ما ثبت به يكون معتمداً على دليل شرعى ولهذا فهم يرون أن الشرع يقر ما يقره العرف، إلا إذا كان هناك نص يخالفه، ومن ثم فقد أجازوا كثيراً من الشروط التى لا تشهد لها نصوص من الشريعة، ونظراً لأن الشرط الجزائى قد جرى به العرف وشاع بين الناس

(١) راجع: بحث الشرط الجزائى فى الشريعة والقانون للدكتور/ زكى الدين شعبان، مرجع سابق ص ١٣٨، الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية للإمام محمد أبو زهرة، ط دار الفكر العربى، ص ٢٧٣.



فى تصرفاتهم، فإنه شرط جائز عندهم يلزم العمل بمقتضاه ويجب الوفاء به^(١).

ومما سبق يتضح لنا أن الشرط الجزائي مشروع فى رأى الجمهور من الفقهاء، وقد قررت هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية بالإجماع على أن الشرط الجزائي الذى يجرى اشتراطه فى العقود شرط صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر فى الإخلال بالالتزام الموجب له يعتبر شرعاً فيكون العذر مسقطاً لوجوبه حتى يزول، وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالى ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية، فيجب الرجوع فى ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة، ويرجع فى تقدير ذلك عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعى عن طريق أهل الخبرة^(٢) والنظر عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٣) وقوله - ﷺ -: " لا ضرر ولا ضرار"^(٤)

(١) د/ محمد يوسف موسى، الفقه الإسلامى مدخل لدراسته نظام المعاملات، ط دار الكتاب العربى، ص ٤١٩، بحث الشرط الجزائي للدكتور/ زكى الدين شعبان، المرجع السابق ص ١٣٩.

(٢) راجع: بحث عن الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية الشيخ عبد العزيز باز، الشيخ إبراهيم بن محمد آل الشيخ، الشيخ عبد الرزاق عفيفى وغيرهم، ج ١ ص ٢١٤، مكتبة السنة الطبعة الأولى ١٤١٤هـ / ١٩٩٤.

(٣) سورة المائدة من الآية رقم ٥٨.

(٤) الحديث رواه الإمام أحمد ٣١٣/١ ط دار الفكر، وأخرجه بن ماجه ٢ / ٧٨٤ رقم ٢٣٤٠، ٢٣٤١، ط دار إحياء التراث العربى،



ونحن نتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وما قررته هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية من أن الشرط الجزائي صحيح يجب العمل بمقتضاه ويلزم الوفاء به، وذلك استدلالاً بما يأتي:

١- إن القول بجواز الشرط الجزائي يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها العامة التي أوجبت على الناس الوفاء بالعقود، وما يشترطونه من شروط ورفعت عنهم الضرر والضرار، ففيما يتعلق بالوفاء بالعقود يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) وفي وجوب الوفاء بالشروط يقول النبي - ﷺ - "المسلمون عند شروطهم"^(٢)، وفيما يتعلق برفع الضرر والضرار يقول الرسول - ﷺ - "لا ضرر ولا ضرار"^(٣).

٢- روى البخاري في صحيحه عن بن سيرين قال الرجل لكره أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه"^(٤) فهذه

(١) سورة المائدة جزء من الآية رقم ١.

(٢) سبق تفريع هذا الحديث ص ١١ هامش رقم (١) من البحث.

(٣) الحديث أخرجه الإمام أحمد ٣١٣/١، ط دار الفكر، وين ماجه ١١٨٤/٢ رقم الحديث ٢٣٤٠، ٢٣٤١، ط دار إحياء التراث العربى، والبيهقى ٦٩/٦، كما جاء فى المستدرک للحاکم ٥٨/٢، وقال حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ط دار المعرفة، بيروت.

(٤) فتح الباری ٤١٧/٥.



المسألة صريحة في أنها من أنواع الشروط الجزائية مما يدل على جواز الشرط الجزائي.

٣- العرف: الشرط الجزائي كثير الوقوع في الحياة العملية، ولا يقتصر على بعض العقود دون بعضها الآخر، وأصبح من النادر أن نجد عقداً يتسم بالأهمية لا يكون الشرط الجزائي بنداً من بنوده، وهذا يعني أن هذا الشرط قد جرى به العرف، وشاع بين الناس في تصرفاتهم، والعرف من مصادر استنباط الأحكام، خاصة عند الأحناف كما سبق مما يرجح القول بصحة الشرط الجزائي^(١).

٤- المصالح المرسلّة: وهي تعني الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقول، ولا يشهد أصل خاص بإلغائها أو اعتبارها، وقد أخذ بها الإمام مالك - رحمه الله -^(٢)، وقد جاء في الموافقات للشاطبي: وذلك أن المعلوم من الشريعة أنها شرعت لمصالح العباد، فالتكليف كله إما لدرء مفسدة، وإما لجلب مصلحة أو لهما معاً^(٣) وإذا طبقنا هذا المصدر من مصادر التشريع الإسلامي لقائنا إلى القول بجواز الشرط الجزائي، فهذا الشرط الجزائي، يؤدي دوراً عظيماً في تنفيذ العقد ويقصد منه سلامة العقود من التلاعب، ولا يوجد نص خاص في الشريعة بإلغائه أو اعتباره.

(١) د/ عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ٦٠٤.

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٣) الموافقات للشاطبي ١/ ١٩٩، ط دار صادر، بيروت.



٥- مشرعيه الحبس لشداد الدين إذا كان الشارع الحكيم قد شرع الحبس جزاء على عدم الوفاء بالالتزام، وزجراً للمتلاعبين بالعقود وضماناً لمصالح الناس، فمن باب أولى أن تبيح الشريعة الغراء الشرط الجزائي، لأن المساس بآدمية الإنسان أعظم خطراً وأثراً من المساس بماله^(١)، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾^(٢)

ونحن ننفق مع البعض^(٣) في أن القول بجواز الشرط الجزائي مشروط بأن يكون خالياً من الربا المحرم بنص كتاب الله أو سنة رسول الله - ﷺ - ، وأن يكون هناك ضرر ناتج عن عدم الوفاء بما تعهد به الملتزم وأن يكون المبلغ مناسباً للضرر.

(١) د/ عبد المحسن الرويشد، المرجع السابق، ص ٦٠٨، د/ زكي الدين شعبان في رسالته السابقة، ص ١٦٥.

(٢) سورة الإسراء آية رقم (٧٠).

(٣) د/ زكي الدين شعبان في بحثه الشروط الشائعة في المعاملات والسابق الإشارة إليه، ص ٣٥٧.



المبحث الثاني

حكم الشرط الجزائي في القانون

طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٢٣) فإن يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخير فيها. فإذا كان الأصل أن القاضى هو الذى يقدر التعويض عند استحقاقه على المدين، إلا أن الدائن والمدين قد يتفقا سلفاً على تقدير التعويض بدلاً من القاضى ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائى، على اعتبار أنه يتضمن الجزاء الذى يتحمل به المدين عند الإخلال بالتزامه، فالشرط الجزائى فى القانون شرط صحيح، وينتج أثره، إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(١) فطبقاً لهذه القاعدة يجوز للمتعاقدين أن يضمنا عقدهما ما يشاءان من الشروط، وعلى المتعاقدين الوفاء بهذه الشروط وإذا يقال شروط العقد تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها^(٢)، وجوهر الشرط الجزائى أن الاتفاق عليه يجب أن يحصل مقدماً، أى قبل حصول أى إخلال بالالتزام الناشئة عن العقد، أما إذا تم الاتفاق على التعويض بعد حصول الإخلال فإنه لا يكون بنداً جزائياً وإنما عقد صلح.

ويجوز اشتراط البند الجزائى أياً كان موضوع الالتزام فقد يكون موضوعه عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء^(٣) أى نقل حق عيني كأن

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٢م، ص

(٢) د/ عبد الرزاق حسن فرج، مصادر الالتزام ١٩٨٣م ص ٣٠٥.

(٣) د/ محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام ص ٢٣٠، ٢٣١، بدون تاريخ



يبرم شخصان عقد مقاوله ويتفقان على إلزام المقاول بدفع مبلغ مائة جنيه عن كل يوم يتأخر فيه عن تسليم البناء بعد الموعد المحدد لتسليمه، وإذا كان موضوع الالتزام دفع مبلغ من النقود، واتفق على التزام المدين بدفع مبلغ إضافي في حالة تأخره في الوفاء، كان هذا شرطاً جزائياً يسمى فائدة اتفاقية^(١) وإذا كان القانون قد أقر الشرط الجزائي فإنه جعل المجال التعاقدي هو المجال الأصل الذي يعمل فيه هذا الشرط الأصل الذي يعمل فيه هذا الشرط إلا أنه ليس هناك ما يمنع من جواز اللجوء إليه في المسؤولية التقصيرية بشرط ألا يترتب عليه الإعفاء من هذه المسؤولية أو التخفيف منها لمخالفة ذلك للنظام العام^(٢) ومن ناحية أخرى فإن جواز الشرط الجزائي لا يقتصر على البيع بل يشمل عقوداً أخرى^(٣).

ويلاحظ أن أعمال الشرط الجزائي يتوقف على توافر شروط معينة، وهي شروط استحقاق التعويض في القانون وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا انتفى شرط من هذه الشروط لم يكن للدائن أن يطالب المدين بقيمة البند الجزائي، وهو ما سنعرض له تفصيلاً عن حديثنا عن شروط استحقاق الشرط الجزائي - ولكن خلافاً

(١) د/ أحمد شرف الدين: نظرية الالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، بدون تاريخ ص ٨٥.

(٢) د/ جلال محمد إبراهيم، أحكام الالتزام ١٩٩٨، ص ١٤٣، د/ أحمد سلامة منكرات في نظرية الالتزام أحكام الالتزام، بدون تاريخ، ص ٥٣.

(٣) وقد قضت محكمة النقض على أن (اشتراط جزاء عند عدم قيام المتعهد بما التزم به جاز في كل مشاركة، سواء أكانت بيعاً أو معاوضة أو إجازة أو أي عقد آخر..) نقض ١٧/ ١٢/ ١٩٣١ طعن ١٨ س ١ ق.



للقواعد العامة في التعويض والتي توجب على الدائن إثبات وجود الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه وإثبات قيمته ، فإنه في حالة الاتفاق على بند جزائي لا يلتزم بإثبات وجود الضرر ولا قيمته ، إذ يفترض أن كل إخلال من المدين بالتزاماته يسبب ضررا للدائن وإن قيمة هذا الضرر تساوى قيمة التعويض المتفق عليه ، ولكن افتراض حصول الضرر افتراض بسيط يقبل إثبات العكس .^(١) كما يلاحظ من جهة أخرى أنه إذا كان الغالب أن يكون التعويض المقدر في الشرط الجزائي مبلغا من النقود ، لكن لا مانع من أن يحدد التعويض بغير النقود ، ومن هذا القبيل حالة ما إذا اتفق في إيجار أرض زراعية على أن يسلم المستأجر الأرض بمجرد انتهاء الإيجار خالية من الزراعة ، وشرط في العقد أن تكون للزراعة القائمة عند انتهاء الإيجار ملكا للمؤجر تعويضا له عن الإخلال بهذا الاتفاق.^(٢)

(١) د/محمد لبيب شنب : أحكام الالتزام ص ٨٤، د/زكي الدين شعبان في بحثه السابق الإشارة إليه ، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون ، ص ١٣١، ١٣٠

(٢) د/ إسماعيل غانم ، أحكام الالتزام والإثبات ، ط مكتبة عبد الله وهبه



المبحث الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

بالموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني فيما يتعلق بحكم الشرط الجزائي يلاحظ الآتي :

١- إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود سواء أكان ذلك المال قرضاً أو ثمناً لمبيع أو غير ذلك ، واتفق الدائن مع المدين على دفع مبلغ من المال إذا تأخر في الوفاء بالدين عن الميعاد المحدد للوفاء به ، فإن هذا الشرط الجزائي حرام في الشريعة الإسلامية ، ولا يعمل بمقتضاه ، ذلك أن المقدار الذي يتفق عليه في هذه الحالة يكون ربا ، والربا بجميع أنواعه حرام شرعاً فلا يحل أخذه ولا إعطاؤه^(١) أما في القانون المدني فإن مثل الشرط الجزائي يشتمل على فائدة اتفاقيّة^(٢) ، وهي تسمى بفائدة عن التأخير في الوفاء بالالتزام ، وقد أجازها القانون الوضعي .

٢- أما إذا كان الشرط الجزائي في الالتزامات التي يكون محلها شيئاً آخر غير النقود فإن هذا الشرط صحيح على رأى الفقهاء القائلين بأن الأصل في الشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم شرط ولا يبطل إلا إذا ورد عنه نهى بخصوصه ، كالشرط الذي يحل حراماً أو يحرم حلالاً ، والشرط الجزائي الذي لا يؤدي إلى الربا لم يرد عنه نهى

(١) د/ زكى الدين شعبان، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٢) المرجع السابق، ص ١٣٧ .



بخصوصه ولا يخالف كتاب الله ولا سنة رسول الله - ﷺ - فيكون شرطاً صحيحاً إذا اشترط في عقد من العقود وممن قال بهذا الرأي ابن تيميه، وهو مذهب أحمد بن حنبل كما نص على ذلك الإمامان ابن تيميه وابن القيم، أما على رأي القائلين بأن الأصل في الشرط المنع والفساد إلا إذا دل دليل معين على الجواز، فإن هذا الشرط يكون باطلاً، إلا على رأي الأحناف فهو شرط صحيح عندهم لجريان العرف به، وهم يقولون بالعرف ويجعلونه دليلاً على تصحيح الشروط المخالفة لمقتضى العقد، وكذلك فإن المالكية إذا كان أصل مذهبهم يقوم على أن الأصل في الشروط المنع حتى يقوم الدليل على جواز إلا أن هذا الشرط صحيح عندهم إلا إذا كان مفضياً إلى ربا، خاصة أنهم يأخذون بالمصالح المرسلة، ويعتبرونها مصدراً لاستنباط الأحكام، ويمكن تخريج الشرط الجزائي عليها، فيكون شرطاً صحيحاً^(١) وعلى هذا يكون الشرط الجزائي مشروعاً في رأي الجمهور من الفقهاء شريطة ألا يحل هذا الشرط حراماً أو يحصرم حلالاً، ويتفق للقانون المدني مع رأي جمهور الفقهاء في القول بصحة الشرط للجزائي على ألا يكون هذا الشرط مخالفاً للنظام العام والآداب، ويختلف هذا القانون مع بقية الفقهاء القائلين بحرمه هذا الشرط.

(١) د/ زكي الدين شعبان، نظرية للشروط المقرنة بالعقد في الشريعة والقانون، للرجع السابق ص ٦٤.



الفصل الثالث

شروط استحقاق الشرط الجزائي وتكليفه

وموقف القاضى منه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ويشتمل على أربعة مباحث:

- المبحث الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.
- المبحث الثانى: التكليف الشرعى والقانونى للشرط الجزائى.
- المبحث الثالث: موقف القاضى من الشرط الجزائى فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.
- المبحث الرابع: الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى.



المبحث الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي

في الفقه الإسلامي والقانون المدني

ونتحدث عن هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: شروط استحقاق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون المدني.

المطلب الأول

شروط استحقاق الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي

وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن الشرط الجزائي صحيح بناءً على أن الأصل في أن الأصل في الشرط الجواز والصحة إلا إذا قام الدليل على المنع، فإن مثل هذا الشرط لا يستحق إلا إذا توافرت شروط ثلاثة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أولاً: الخطأ:

الخطأ لغة ضد الصواب والجمع خطايا^(١) وفي الاصطلاح يطلق ويراد به الإهمال وهذا المعنى عرفه بعض الفقهاء بأنه "فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر

(١) للمعجم اللوجيز مادة (خطي) ص ٢٠١، مطبعة وزارة التربية والتعليم.



مقصود^(١)، كما يطلق ويراد به نوع من أنواع التعدي، والتعدي يراد به عند الفقهاء الظلم والعدوان، ومجاوزة الحقوق، فيقال جرى هذا العمل تعدياً بمعنى أنه جرى بدون حق أو مجاوزة في حق الغير^(٢)، ومعيار التعدي عند فقهاء الشريعة موضوعي لا ذاتي^(٣) فينظر إلى الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها بصرف النظر عن نوع الأهلية في شخص المتعدي وقصده، ولا فرق بين أن يكون التعدي خطأ أو عمداً ولا بين أن يكون المتعدي صغيراً أو كبيراً ذلك أن الجوابر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، والزواج مشروعة لدرء المفسد، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آنما^(٤)..

وبعد العقد من أسباب الضمان في الشريعة الإسلامية، فإذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة ثم أخل العاقد بهذا الشرط فإن هذا الإخلال يعد تعدياً أو خطأ يوجب المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية^(٥)، وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه، والمسؤولية في الإخلال بها قول الله تعالى

(١) كشف الأسرار للبزدوى ٣٨٠/٤ ط دار الكتاب العربي.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية د/ صبحي محمضاني، ص ١٧٣ بدون تاريخ، د/ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، ط دار الفكر، ص ٥١٨، د/ حسني محمد أحمد جاد الرب: التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه، ماجستير ٢٠٠١، ص ١٦٦.

(٣) مصادر الحق في الفقه الإسلامي للسنهوري، ١٤٩/٦، ط ١٩٦٨م.

(٤) راجع: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٢٩/٢، مؤسسة الريان.

(٥) المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية د/ محمود شلتوت، مكتبة شيخ الجامع الأزهر ص ١٦، ١٧.



﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١) وقول الرسول - ﷺ -: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"^(٢)، ومن قواعد فقهاء الحنفية في هذا الشأن "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان"^(٣)، والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً سواء كان تعدياً أو تقصيراً أم لا، وهذه هي عقود الضمان كالبيع، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها.^(٤)

ثانياً: الضرر:

وهو الركن الثاني من أركان الضمان، وهو في اللغة. ضد النفع^(٥)، وفي الاصطلاح "كل إيذاء يلحق الشخص سواء في ماله أو جسمه أو عرضه"^(٦) والضرر هو أساس الضمان في الفقه الإسلامي، بل هو الأساس الذي يبنى عليه التعويض، فإذا انتفى الضرر انتفى التعويض بداهة، ذلك أن التعدي قد يوجد ولكن لا يترتب عليه ضرر، وحينئذ لا يحكم على المتعدي بالضمان لانتفاء موجهه وهو الضرر.^(٧)

(١) سورة المائدة الآية رقم ١

(٢) سبق تخريج هذا الحديث ص ١١ هامش رقم (١) من البحث.

(٣) م ٨٣ من مجلة الأحكام العدلية المطبعة الشرقية.

(٤) د/ وهبة الزحيلي: نظرية انضمان المرجع السابق ص ٦٣، ٦٤.

(٥) المصباح المنير الضاد والراء وما ينتهيما.

(٦) د/ وهبة الزحيلي: المرجع السابق ص ٢٣.

(٧) التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية للمستشار / محمد شتا أبو سعد ٢٠٠١ م ص ٢٠٨.



فإذا ترتب على التعدي ضرر وجب الضمان سواء كان مادياً أو أدبياً^(١).

واستناداً إلى ما تقدم نرى أنه لا بد من أن يترتب على الإخلال بالشرط الجزائي ضرر يلحق بالمتعاقدين الآخر حتى يستحق التعويض المتفق عليه، سواء تمثل هذا الإخلال في عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، فإذا انتفى الضرر فلا تعويض^(٢).

وهكذا نجد أن ضمان العقد سببه مخالفة العقد أو مخالفة شرط من الشروط المقتترنة به وهو ما يعني أن الشرط متى أمكن مراعاته وتحققت له فائدة وجب اعتباره، وكان الإخلال به موجباً للمسئولية^(٣).

ثالثاً: علاقة السببية بين التعدي (والخطأ) والضرر:

وهي الركن الثالث من أركان الضمان، والسبب في اللغة الحبل وهو ما يتوصل به إلى الاستعلاء، ثم استعير لكل شيء يتوصل به إلى أمر من الأمور، فقليل هذا سبب هذا، وهذا مسبب عن هذا^(٤).

(١) د/ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان ص ٢٣.

(٢) محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص ٢٠٨.

(٣) د/ سليمان محمد احمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي دكتوراه في كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر ١٩٨٥م، مطبعة السعادة، ط أولى ١٩٨٥ م ص ٧٠، د/ محمود شلتوت: المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ١٧.

(٤) المصباح المنير مادة (سبب).



وعند الأصوليين يطلق السبب ويراد به "كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل الشرعي على كونه معرّفاً لحكم شرعي"^(١) وعند بعض الفقهاء يطلق السبب ويراد به "المصدر المنشئ للالتزام، فالقصد مثلاً سبب لحكم شرعي، فعقد البيع سبب للملك وعقد الإيجار سبب لتملك المنفعة"^(٢)، وقد اشترط الفقه الإسلامي أن تكون هناك رابطة سببية بين الفعل والنتيجة التي يسأل عنها حتى تقوم المسؤولية في التعويض المالي^(٣)، فإذا كان الفعل الخاطئ قد حدث من أحد المتعاقدين في صورة عدم تنفيذ الالتزام أو تأخر في التنفيذ، ولحق بالطرف الآخر ضرر، فإنه يجب أن تقوم علاقة سببية بين الفعل الخاطئ وبين النتيجة، فإذا انقطعت هذه العلاقة، فلا مسؤولية شرعاً أى لا ضمان، وقد حدد الفقهاء الصلة أو الرابطة بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو التسبب، والمباشرة هي أن يتصل فعل الإنسان ويحدث منه تلف والتسبب أن يتصل أثر فعل بغيره^(٤) وتنقطع رابطة السببية في الفقه الإسلامي بعدة أمور أهمها ما يعرف بالحادث المفاجئ أو الآفة السماوية، فهذه الآفة قد تهلك الشيء ذاته فتؤدى إلى عدم التنفيذ وقد تهلك بعضه فتؤدى إلى التأخير في التنفيذ^(٥)، وقد

(١) الإحكام في أصول الحكم للأمدى ١ / ١٢٧ ط دار الكتب العلمية، بيروت.

(٢) تنظر: د/ جمال الدين محمود في رسالته للدكتور سبب الالتزام وشرعيته في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٦٩ ص ١٣٢.

(٣) د/ حسنى محمد احمد جاد الرب في رسالته السابق الإشارة إليها ص ١٧٩.

(٤) راجع: د/ السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي ١٧٩/٦، مجمع الضمانات للبغدادى ١/ ١٨٦، ط دار السلام.

(٥) د/ وهبة الزحيني المراجع السابق ص ٢٦، مجمع انضمامات للبغدادى ١/ ١٠٣ ط دار السلام.



تتقطع رابطة السببية بفعل المضرور أى الدائن، فلو ركب الدائن دابة فداست على المبيع فأهلكته، لم يلزم المدين بأداء التعويض المتفق عليه، لاستحالة تعذر التسليم بسبب راجع إلى الدائن^(١) كذلك تنقطع رابطة السببية فى الفقه الإسلامى بفعل الغير أى غير المتعاقدين، فإذا هلك البيع بفعل أجنبي فلا ضمان ولا يلزم المدين بأداء التعويض المتفق عليه^(٢).

ويلاحظ فى كل ما تقدم أن الضمان يكون على المباشر سواء تعدد أم لا، أما إذا كان متسبباً فهو لا يضمن، إلا إذا كان متعدياً^(٣)

ومما تقدم تبين لنا أن الشريعة الإسلامية استوعبت الأسس التى تقوم عليها المسؤولية، وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

(١) د/ محمد شتا أبو سعد: التعويض القضائى والشرط الجزائى والفوائد القانونية مرجع سابق ص ٢٠٨، ٢٠٩.

(٢) د/ محمد شتا أبو سعد: إعمال الشرط الجزائى فى القانون المدنى المصرى والمقارن بحث بمجلة القانون والاقتصاد العدد ١٢٢ لسنة ١٩٩٢ ص ١٨٤ وما بعدها.

(٣) مجمع الضمانات ١/ ٣٤٥، جاء فيه المباشر ضامن وإن لم يتعد والمتسبب لا إلا إذا كان متعدياً.



المطلب الثاني

شروط استحقاق الشرط الجزائي في القانون المدني

اتضح لنا مما سبق أن الشرط الجزائي ليس سوى اتفاق مسبق على تقدير التعويض، وأن مثل هذا الشرط من الشروط الصحيحة في القانون ولكن نظراً لأن الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض اتفاقي فإنه يلزم لإعماله توافر شروط استحقاق التعويض، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وأخيراً الأعذار.

أولاً: الخطأ:

يجب على الدائن إثبات خطأ المدين حتى يستحق عليه الشرط الجزائي^(١)، ويلاحظ أنه لا محل للحكم بالشرط الجزائي إذا أثبت الحكم تقصير كل من الطرفين، والخطأ هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه مع إداركه له وإمكان تنفيذه، فلا بد له من عنصرين، عنصر مادي وهو عدم تنفيذ الالتزام، أو تنفيذ جزء منه وترك الباقي بلا تنفيذ، أو تنفيذه تنفيذاً معيباً، أو التأخير في التنفيذ ويشترط ألا يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي، وأن يستمر تقاعس المدين عن أداء الالتزام إلى ما بعد إعداره، إلا إذا كان الإعذار غير ضروري^(٢).

(١) نقض ١٩/١٢٢/١٩٥٧ طعن ٩٢ س ٢٣ ق مجموعة المبادئ القانونية.

(٢) د/ محمد لبيب شنب: أحكام الالتزام ص ٦٢، د/ جلال محمد إبراهيم: أحكام الالتزام ط ١٩٩٨، ص ١٥١، ١٥٢، د/ عبد الفتاح عبد الباقي: أحكام الالتزام، ط جامعة القاهرة ١٩٩٢ م ص ٥٥، د/ محمد إبراهيم نسوقى: الالتزامات ١٩٩٣ م ص



والعنصر الثاني هو العنصر المعنوي، فلا يكفي لاعتبار المدين مخطئاً أن يكون لم ينفذ التزامه، أو نفذته تنفيذاً معيباً، بل يجب فضلاً عن ذلك أن يكون المدين مدركاً لوجود الالتزام وفي إمكانه أن يقوم به، وينتفى الإدراك لدى المدين إذا كان غير مميز، أو كان يجهل وجود الالتزام متى كان هذا الجهل مغتوراً أي يمكن أن يقع فيه الشخص العادي ففي هاتين الحالتين لا يمكن نسبة الخطأ إليه وإن لم ينفذ التزامه أو نفذته تنفيذاً معيباً، وإذا كان الالتزام العقدي الذي قصر فيه المدين في الوفاء به التزاماً بتحقيق نتيجة فيكفي الدائن أن يثبت عدم تحققها، وحينئذ يفترض الخطأ في جانب المدين، أما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية فإن فيه واجب الإثبات أي أن الدائن فضلاً عن إثبات وجود الالتزام لابد أن يثبت عدم بذل المدين للعناية المطلوبة^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأنه: "إذا نص في العقد على شرط جزاء عند عدم قيام المتعهد قيام التعهد بما يلتزم به فلمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في اعتباره مقصراً أو غير مقصر حسبما يترأى لها من الأدلة المقدمة، ولا سلطة لمحكمة النقض عليها في هذا التقدير"^(٢).

(١) د/ محمد لبيب شنب: المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها، د/ جلال علي العدوي: أصول أحكام الالتزام والإثبات ط منشأة المعارف ١٩٩٦ م، ص ٧٠، راجع د/ محمد شتا أبو سعد أعمال الشرط الجزائي في القانون المدني المصري والمقارن، المرجع السابق ص ٧٧.

(٢) نقض مدني ١٧/ ١٢/ ١٩٣١، طعن ساق مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض.



ثانياً: الضرر:

لا يستحق الشرط الجزائي كذلك إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن ذلك أن الضرر من أركان استحقاق التعويض فإذا لم يوجد ضرر لم يكن التعويض مستحقاً، ولا مجال لإعمال الشرط الجزائي في هذه الحالة^(١) ولذا فإنه لا يمكن استحقاق التعويض المنصوص عليه فيه ما لم يثبت أن هناك ضرراً قد لحق الدائن، وليس للضرر معنى خاص في مجال الشرط الجزائي، فهو أذى يلحق المضرور نتيجة خطأ ينسب إلى المدين بوجه عام في جسمه أو ماله وهذا هو الضرر المادي، أو في سمعته أو شرفه وشعوره وعاطفته وهذا هو الضرر الأدبي^(٢).

وقد أفردت القوانين المعاصرة نصوصاً خاصة تستلزم توافر الضرر لإعمال الشرط الجزائي من ذلك ما نصت عليه المادة (٢٢٤) مدني مصري من أنه " لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر " ، ويظهر من هذا النص أن ثمة farkاً بين اشتراط الضرر في التعويض القضائي، وبين اشتراطه في التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، ويتعلق هذا fark بعبء الإثبات، ففي حين أن عبء إثبات الضرر في التعويض القضائي يقع على الدائن فإن المدين يتحمل بهذا العبء في الشرط الجزائي.

(١) د/ محمد لبيب شنب: السابق ٦٨، ٦٩، د/ محمد شتا أبو سعد: المرجع السابق ص ٨٨، وراجع نقض ١٩٦٧/١١/١٤ طعن ١٠٢ س ٣٤ مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ص ٦٨، د/ محمد شتا أبو سعد: أعمال الشرط الجزائي في القانون المدني المصري والمقارن، مرجع سابق ص ٨٨.



وقد قضت محكمة النقض المصرية أن مؤدى حكم المادة (٢٢٤) الخاص بالتعويض الاتفاقي وعلى ما جرى قضاء محكمة النقض " أنه متى وجد شرط جزائي في العقد فإن تحقق هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته، وإنما يقع على المدين عبء إثبات أن الضرر لم يقع ... (١).

وإذا كان اتجاه معظم تشريعات العالم يتجه نحو اشتراط الضرر لاستحقاق التعويض الاتفاقي، فإن بعض التشريعات أغفلت الضرر كأساس لإعمال الشرط الجزائي، فوفقاً للمادة (١٦١) من القانون السويسري يصبح الجزاء لازماً حتى ولو لم يلحق الدائن ضرر.

والاتجاه الراجح هو الأول لأنه يحقق العدالة^(٢)، كذلك كانت هذه المسألة محل خلاف في الفقه والقضاء، ففي فرنسا ذهبت المحاكم وبعض الشراح - جرياً وراء تغليب حكم الإرادة في الشرط الجزائي إلى أن هذا الشرط يكون واجب التطبيق بمجرد عدم وفاء المدين بالتزامه ولو لم يلحق الدائن ضرر نتيجة لإخلال المدين بالتزام، غير أن فريقاً من الشراح ينتقد هذا الرأي ويشترط وقوع الضرر وذهبهم في ذلك المادة (٢٢٩) التي تقرر صراحة أن الشرط الجزائي ضرورة عن مقابل التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن بسبب عدم الوفاء بالتزام الأصلي، ويقولون إنه إذا لم يحدث للدائن ضرر فإن الشرط الجزائي يكون التزاماً

(١) ١٣ / ٢ / ١٩٨٠ طعن ٤١٥ س ٤٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها

محكمة النقض للمستشار أنور طلبة ص ٦١٩.

(٢) د/ محمد شتا أبو سعد/ المرجع السابق ص ٨٩، ٨٨.



بغير سبب، وفي مصر اختلف الشراح أيضاً وترددت المحاكم كثيراً في هذا الموضوع فوجد في بادئ الأمر رأى يقول بما ذهب إليه المحاكم الفرنسية استناداً إلى ما لاتفاق الطرفين من قوة وإلى نص المادة (١٢٣/ ١٨١) والتي تقابل المادة (١٥٢) فرنسي^(١)، وقد أصدرت المحاكم الوطنية عدداً من الأحكام التي لا ترى وقوع الضرر شرطاً لاستحقاق الشرط الجزائي^(٢) بينما قضت أحكام أخرى بضرورة إثبات وقوع الضرر^(٣) واستقر القضاء بعد ذلك على وجوب تحقق الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي^(٤) وقد أخذ التقنين المدني الحالي بهذا الرأي في المادة ٢٢٤ السابق ذكرها.

ثالثاً: علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يكفي لاستحقاق الشرط الجزائي تحقق الخطأ أو الضرر وإنما يلزم أن تتوافر علاقة السببية بينهما، فإذا انفتت العلاقة بين خطأ المدين والضرر الذي أصاب الدائن بإثبات السبب الأجنبي فإنه يمتنع إعمال

(١) د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني: المرجع السابق ص ١٨٦.

(٢) محكمة الاستئناف ٢/٢٠ سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية الثانية عشرة رقم ٦٩ ص ١٢٨ ط الأميرية استئناف مختلط ٢/٢٨ / ١٩٠٧ مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة ١٩ ص ١٣٩.

(٣) محكمة الاستئناف الأهلية ٥/١٤ ١٩٢٣ المحاماه السنة الرابعة العدد ٢٧، ص ٣٣، ط المطبعة العصرية.

(٤) محكمة الاستئناف مصر ودواثرها المجتمعة في ١٢/٢ / ١٩٢٦ - المجموعة الرسمية لسنة ٢٧، ص ١٥٣ ط الأميرية.



الشرط الجزائي، ما لم يكن قد اتفق على تحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة، ويكون هذا الاتفاق هو اتفاق على تشديد المسؤولية، فالمدين يستطيع إذن أن ينفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي الذي أحدث الضرر، أو بالأحرى الذي قطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، كذلك تنتفي المسؤولية إذا ثبت أن الضرر غير مباشر، أو أنه في مجال المسؤولية العقدية كان مباشراً ولكنه لم يكن متوقعاً، فعندئذ لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق التعويض ولا محل إذن لإعمال الشرط الجزائي، ولكن يجوز الاتفاق على مخالفة هذا الحكم - كما سبق - والاتفاق على تشديد المسؤولية^(١)

ويلاحظ أن إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر يجعل من المتعذر تكليف الدائن بإثبات السببية بين الضرر المفترض وعدم الوفاء به، ولذا يتعين القول بأن القانون يفرض السببية ويعفى الدائن من إثباتها، ويلقى على المدين عبء نفيها، كأن يثبت أن الضرر الذي أصاب الدائن ليس ناشئاً عن عدم الوفاء بل عن سبب أجنبي عنه^(٢).

(١) د/ السنهوري الوسيط رقم ٤٨٤ ص ٨٥٩ مرجع سابق، د/ جلال على العدوى أصول أحكام الالتزام والإثبات المرجع السابق ص ٧٠، د/ أحمد شرف الدين المرجع السابق رقم ٣١ ص ٨٩، د/ عبد الفتاح عبد الباقي: أحكام الالتزام، السابق رقم ٥٥ ص ٦٩، د/ محمد شتا أبو سعد المرجع السابق ص ١٧٩ وما بعدها.

(٢) د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني السابق ١٨٩/٢، ١٩٠.



المبحث الثاني

التكليف الشرعي والقانوني للشرط الجزائي

ونتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: التكليف الشرعي للشرط الجزائي.

المطلب الثاني: التكليف القانوني للشرط الجزائي.

المطلب الأول

التكليف الشرعي للشرط الجزائي

بناء على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من مشروعية الشرط الجزائي، فإن الالتزام بهذا الشرط التزام تابع لا أصيل، ذلك أن الالتزام الأصلي الذي يتبعه الشرط الجزائي هو ما التزم به المدين أصلاً، وينترب على تبعية الالتزام بالشرط الجزائي ما يأتي:

١- أن الدائن ليس له أن يطالب المدين إلا بالالتزام الأصلي ما دام ممكناً، ولا يجوز أن يطالبه بالشرط الجزائي إلا إذا تعذر الوفاء بالالتزام الأصلي، وذلك تطبيقاً لقاعدة التابع لا يتقدم على المتبوع^(١) وقاعدة إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل^(٢).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ط مؤسسة الحلبي وشركاه ص ١٢١.

(٢) المادة ٥٣ من مجلة الأحكام، ومعناها: ان الحق الواجب تسليمه أصلاً إلى صاحبه هو عين حقه، فإذا تعذر رده بذاته بسبب تلفه وجب رد عوض عنه، راجع د/ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، المرجع السابق ص ٢٢٦.



٢- كما يترتب على تبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي أنه إذا سقط الالتزام الأصلي سقط الشرط الجزائي والعكس غير صحيح، وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة ٥٠ من مجلة الأحكام العدلية من أنه: "إذا سقط الأصل سقط الفرع"^(١).

وبناء على هذه القاعدة فإن الالتزام الأصلي إذا بطل يبطل الشرط الجزائي والعكس غير صحيح، كذلك في حالة فسخ العقد بناء على طلب الدائن يسقط الشرط الجزائي بالتبعية، فقد جاء في البدائع "والأصل أن ما كان تابعاً في العقد يكون تابعاً في الفسخ، لأن الفسخ رفع العقد..."^(٢)

(١) ومن فروع هذه المسألة قولهم إذا برأ الأصل برأ الكفيل بخلاف العكس، راجع الأشباه والنظائر ص ١٢١.

(٢) البدائع ٢٨٥/٥.



المطلب الثاني

التكييف القانوني للشرط الجزائي

من خصائص الشرط الجزائي أنه عقد تبعي لا ينشأ إلا في حالة عدم وفاء المدين بالالتزام الأصلي ونصوص القانون الروماني تعتبر الشرط الجزائي مثل الكفالة أي أنه يكون دائماً تابعاً للالتزام الأصلي أيأ كان مصدره^(١).

فلا يوجد الشرط الجزائي مستقلاً بنفسه بل تابعاً للالتزام الأصلي سواء كان مصدر هذا الالتزام الأخير هو العقد أو غيره من مصادر الالتزام وإذا كان هذا هو تكييف الشرط الجزائي فإنه يترتب عليه الآتي:

١- يدور الشرط الجزائي مع الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً فإذا بطل الالتزام الأصلي بطل معه الشرط الجزائي، وأما عن بطلان الشرط الجزائي فإن هذا لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي إلا استثناء^(٢) كما إنه إذا انقضى الالتزام الأصلي لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام انقضى معه الشرط الجزائي، كذلك إذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ

(١) راجع: د/ أحمد إبراهيم حسن في بحثه السابق الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي ص ٨٥، ٨٦، ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٨٧ مدني من أنه: (إذا اقترن شرط الاتفاق بعدم المنافسة بشرط جزائي مغالي فيه، وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في صناعة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب البطلان على شرط الاتفاق بعدم المنافسة.

(٢) راجع: د/ جلال على العدوي: السابق ص ٧١، د/ محمد على عمران: الوجيز في آثار الالتزام ط ١٩٨٤ م مكتبة سعيد رافت ص ٥٥، د/ جلال محمد إبراهيم ط ١٩٩٨ م



العقد الذى تضمن شرطاً جزائياً يقضى بأن يدفع المقاول مبلغاً من النقود إذا أخل بتنفيذ التزامه، فحينئذ يزول الالتزام الأصلي المخدوم بالشرط الجزائي ويزول هذا الأخير بالتبعية^(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشرط الجزائي^(٢).

وعلى ما جرى به قضاء المحكمة التزام تابع للالتزام الأصلي — إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي سقط معه الشرط الجزائي ولا يقيد بالتعويض المقدر بمقتضاه^(٣).

٢- الشرط الجزائي هو طريقة من طرق التعويض وينطبق عليه ما ينطبق على التعويض من أحكام أى أن العبرة فيه بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي^(٤). فلا يستطيع الدائن أن يطالب المدين بالشرط الجزائي أولاً، فإذا عرض المدين للتنفيذ العيني وكان ممكناً فما على الدائن إلا القبول، كذلك لا يجوز للمدين أن يعرض على الدائن إلا الالتزام الأصلي، وإنما يستطيع الدائن أن يطالب بالشرط الجزائي، ويستطيع المدين أن يعرضه على الدائن إذا أصبح تنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلاً بخطأ المدين^(٥).

(١) عبد الفتاح عبد الباقي. أحكام الالتزام مرجع سابق ص ٦٥، ٦٦.

(٢) نقض مدني ٤/١٨ / ١٩٧٨ طعن ٦٦٣ س ٤٤ لسنة ٢٩ مجموعة المكتب الفني

(٣) راجع: السنهوري الوسيط ص ٨٦٠، د/ محمد على محمد السابق ص ٥٦.

(٤) راجع: السنهوري الوسيط ص ٨٦٠، د/ محمد على عمران، المرجع السابق ص ٥٦.

(٥) السنهوري في الوسيط المرجع السابق رقم ٤٨٧ ص ٨٦٠، ٨٦١، د/ محمد على عمران، المرجع السابق ص ٥٦، د/ سعيد سعد عبد السلام: أحكام الالتزام والإثبات، -



وينبنى على ما تقدم أن الشرط الجزائي لا يجعل من الالتزام الأصلي التزاماً تخييراً، ولا التزاماً بديلاً، فهو ليس بالتزام تخييري لأن الدائن لا يستطيع أن يختار بين الالتزام الأصلي والشرط الجزائي فيطلب تنفيذ أيهما، بل هو لا يستطيع أن يطلب إلا تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام هذا ممكناً؛ ولأن المدين أيضاً لا يملك هذا الخيار بل هو لا يستطيع إلا أن يعرض تنفيذ الالتزام الأصلي ما أمكنه ذلك، والشرط الجزائي ليس بالتزام بدلي لأن المدين لا يملك أن يعدل عن تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكناً إلى تنفيذ الشرط الجزائي كبديل عن الالتزام الأصلي، وإنما الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لالتزام الأصلي يبقى بقاءه وينقضي بانقضائه^(١).

وإذا كانت الاستعاضة عن التنفيذ العيني بالشرط الجزائي غير جائزة إذ كان التنفيذ العيني ممكناً، فإنه إذا رضى الدائن والمدين على أن يستبدلا بالتنفيذ العيني التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي كان ذلك جائزاً^(٢)، وفيما عدا ذلك تطبق على الشرط الجزائي القاعدة العامة في التنفيذ بمقابل، ومن حيث كونه طريقاً احتياطياً بما يترتب على ذلك من أن الاتفاق على شرط جزائي عن عدم التنفيذ لا يحرم الدائن من حقه في

الناشر دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٦٧، د/ عبد الوود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام) ط دار النهضة العربية ص ٥٠.

(١) راجع: د/ السنهوري في الوسيط المرجع السابق ف٤٨٧، ص ٨٦١، ٨٦٢، د/ سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني المرجع السابق رقم ٩٨ ث ١٨٤، د/ جلال على العدوي السابق ص ٧١.

(٢) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق رقم ٩٨ ص ١٨٤.



الحصول على ترخيص من القضاء في القيام بالتنفيذ العيني على نفقة
المدين طبقاً للمواد ٢٠٥ ، ٢٠٩ ، ٢١٢ ، ويكون له الرجوع على المدين
بالنفقات ولو زادت على المبلغ المقدر في الشرط الجزائي^(١).

(١) د/ إسماعيل غانم: أحكام الالتزام والإتيات، المرجع السابق ص ١٢٠ ، د/ سعيد

سعد عبد السلام، المرجع السابق ص ٦٧ .



المبحث الثالث

موقف القاضى من الشرط الجزائى

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

ونتناول هذا المبحث فى مطلبين:

المطلب الأول: موقف القاضى من الشرط الجزائى فى الفقه الإسلامى.

المطلب الثانى: موقف القاضى من الشرط الجزائى فى القانون المدنى

المطلب الأول

موقف القاضى من الشرط الجزائى فى الفقه الإسلامى

إذا كان الفقه الإسلامى يقر الشرط الجزائى وفقاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء — كما سبق — فهو لا يقره إلا فى الصور التى يتحقق فيها الضرر الناتج من إهمال المتعهد وتقصيره فى الوفاء بما تعهد به، وفى الحدود التى يكون فيها المبلغ المتفق عليه مثلاً مع ذلك الضرر^(١). فإذا كان الشرط الجزائى مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة كان للقاضى أن يتدخل ليرد هذا الشرط إلى الحد المعقول، وبرهان ذلك أن للفقه الإسلامى أن يتدخل القاضى فى عدد من الحالات بالتعديل، بل

(١) د/ زكى الدين شعبان: الشروط الشائعة فى المعاملات وأحكامها فى الشريعة والقانون، المرجع السابق ص ٢١.



والفسخ بالرغم من اتفاق الطرفين، ومن جهة أخرى فإن عدداً من القواعد الفقهية تؤيد هذا الاتجاه^(١)

وسنعرض لهذين الأمرين على النحو التالي:

(أ) تدخل القاضى فى عدد من الحالات:

١- العذر: ذهب فقهاء الأحناف إلى أن تحقق الضرر فى إبقاء العقد عذر ببرر الفسخ، وإن لم يتحقق العيب فى المعقود عليه، ويجعل صاحب المبسوط القول بغير هذا يخالف الشرع^(٢)، كما أن المالكية أجازوا فسخ العقد للعذر فى كل حالة تذهب فيها المنفعة كلياً أو جزئياً لخلل فى العين كانهدام الدار، وكمرض الأجير أو موته^(٣)، كذلك فإن الشافعية ذهبوا إلى فسخ العقد للعذر، إذا كان يتسبب فى اختلال منفعة العين كما لو استأجر شخص داراً ثم تهدمت هذه الدار كلياً أو جزئياً، أو استأجر دابة ليسافر عليها فمرضت، أو نفقت، أو استأجر أرضاً ليزرعها وأغرقها سيل أو فيضان ففقد كل هذه الحالات يجوز للمستأجر فسخ العقد للعذر، ويتفق الحنابلة مع جمهور الفقهاء فى اعتبار العذر سبباً للفسخ إذا فانت المنفعة كنتيجة حدوث خلل بالعين المؤجرة كانهدام الدار، ويطبق نفس الحكم عند عدم التمكن من

(١) راجع: د/ عبد المحسن الروشيد فى رسالته السابقة ص ٤١٥، ٤١٦، د/ حسنى محمد أحمد جاد الرب : التمويض الاتفاقى عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فى تنفيذه بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، رسالة ماجستير ٢٠٠١ ص ٢٣١، ٢٣٢.

(٢) للمبسوط للسرخسى ٢/١٦ ط دار المعرفة، بيروت.

(٣) شرح الزرقانى على مختصر خليل ٢١/٧ ط دار الفكر.

(٤) المهذب للشيرازى ٤٠٥/١، ط عيسى البابى الحلبي.



استيفائها ولو لم يحدث خلل في العين بشرط أن يكون عاماً لحدوث خوف عام أو حصار عدو^(١)، وفي المذهب الظاهري اعتد ابن حزم بالاعتذر سواء ما تسبب في فوات المنفعة لخلل لحق العين المؤجرة، أو ما كان نتيجة اختلال الوسائل التي تستوفي بها هذه المنفعة كموت المستأجر أو المؤجر، أو هلاك الشيء المستأجر أو بيعه أو خروجه من فلك مؤجره بأي وجه^(٢).

٢- الجوائح: تعد الجوائح إحدى الحالات التي شهدت تدخلاً قضائياً، ففي المذهب المالكي إذا بيعت الثمار وهي لم تنزل ملصقة بأشجارها فأصابها نازلة قبل قبضها فعلياً فأدت إلى تلفها أو نقصان قيمتها، فإنه يوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابتها الجائحة وقد توسع المالكية في معنى الجائحة فلم يقصروا على الآفات السماوية بل جعلوها تشمل أفعال الأدميين كاجتياح الجيش الجرار حيث لا يمكن دفعه أو رده، كما توسعوا في محل الجائحة فلم يقصروا على ثمار الفاكهة بل جعلوها تشمل البقول والخضر وقصب السكر^(٣) وفي المذهب الحنبلي تقتصر الجائحة على ما يتصل بالسماء كالريح والبرد والجراد والعطش^(٤).

(١) راجع: الفروع لابن مفلح ٤ / ٣٣٠ ط دار الكتاب العربي، د/ عبد المحسن الرويشد المرجع السابق ص ٤١٩ ، ٤٢٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ٨ / ١٨٤ ط دار الأفاق الجديدة.

(٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢ / ١٨٧ ، ١٨٨ ، ط مصطفى البابي الحلبي، الذخيرة للقرافي ٥ / ٢٦٩ ط دار الفكر .

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٣ / ٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ط دار الفكر.



(ب) القواعد الفقهية:

يوجد في الفقه الإسلامي عدد من القواعد الفقهية تؤيد القول بمنح القاضى الحق فى تعديل الشرط الجزائى بما يجعله متفقاً مع الضرر الذى لحق بالدائن، مثل قاعدة الأمور بمقاصدها، الضرر يزال، درء المفسد مقدم على جلب المصالح^(١).

ونعرض لهذا الأمور بصورة موجزة:

أولاً: الأمور بمقاصدها: والمقصود بهذه القاعدة أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى المقصود من ذلك الأمر، والهدف المقصود من الشرط الجزائى التعويض، فإذا تبين أن مقداره يزيد أو ينقص إلى درجة كبيرة عن هدفه الأساسى وهو التعويض، تعين رده إلى مقصده الأساسى^(٢)، يؤيد ذلك ما جاء فى القرآن الكريم فى تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ اسْتِغْفَارُ إِبْرَاهِيمَ لِأَبِيهِ إِلَّا عَنْ مَوْعِدَةٍ وَعَدَهَا إِيَّاهُ فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ أَنَّهُ عَدُوٌّ لِلَّهِ تَبَرَّأَ مِنْهُ إِنَّ إِبْرَاهِيمَ لَأَوَّاهٌ حَلِيمٌ ﴾ ويقول الخليفة عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- فى رسالته للقاضى أبى موسى الأشعرى " إن الحق قديم لا يبطله شئ، ومراجعة الحق خير من التماذى فى الباطل"^(٣).

(١) د/ عبد المحسن الروشيد فى رسالته السابقة ص ٤٢٤.

(٢) راجع: د/ عبد المحسن الروشيد المرجع السابق ص ٤٠٤.

(٣) سورة التوبة الآية ١١٤.

(٤) أعلام الموقعين لابن القيم ٨٦/١ ط دار القلم، دمشق مكتبة الكليات الأزهرية.



ثانياً: الضرر يزال:

فهذه القاعدة من أهم القواعد وأجلها شأناً في الفقه الإسلامي، وتعني أن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية^(١)، فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة عن مستوى الضرر الذي لحق بالدائن فإن الوفاء به في هذه الحالة يشكل ضرراً للمدين وللدائن، ويتعين إزالة ذلك الضرر^(٢).

ثالثاً: درء المفسد مقدم على جلب المصالح:

تعني هذه القاعدة أنه إذا اجتمعت مصالح ومفاسد، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفسد فعلنا ذلك امتثالاً لأمر الله فيها قال الله - تعالى - : ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾^(٣) وإن تعذر الدرع والتحصيل درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة^(٤)؛ لأن درء المفسد أولى من جلب المصالح، ولأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات^(٥) والطرف القوي في الشرط الجزائي، إذا اشترط شرطاً جزائياً مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة، فإنه يهدف إلى تحقيق مصالحه، ولكن ذلك يرتب مفسدة تلحق الطرف الآخر حيث ألزمه بتعويض جائر أو قصره

(١) راجع: القواعد الفقهية د/ علي أحمد الندوي ط دار القلم، دمشق، ص ١٦ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ .

(٢) راجع: د/ حسني محمد أحمد جاد الرب المرجع السابق ٢٣٦ .

(٣) الآية ١٦ من سورة التغابن.

(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٧٤ ، مؤسسة الريان.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم المرجع السابق ص ٩٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٨ ط مصطفى الحلبي.



على تعويض زهيد عن مستوى الضرر، ولذا يتعين درء المفسدة دون نظر إلى فوائد المصلحة^(١).

ومما سبق يتبين لنا أن الفقه الإسلامي لا يقر الشرط الجزائي إلا إذا كان متناسباً مع الضرر، أما إذا خرج من دائرة جبر الضرر إلى الظلم وأكل أموال الناس بالباطل فهو مرفوض ومنهى عنه، لقول الحق سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ... (الآية)﴾^(٢). ولا يمكن أن يقر الشرع الإسلامي شرطاً جزائياً قدره ١٠,٠٠٠ جنيه نظير إخلال تعاقدى سبب ضرراً قدره ١٠٠٠ جنيه؛ لأنه شرع يقوم على العدل، وفيه الأمان للضعفاء والمظلومين، فكل شرط فيه جور أو ظلم باطل ولا يصح العمل به^(٣).

ضوابط إجراء التعديل:

تعديل الشرط الجزائي في حالة ما إذا كان مرتفعاً أو منخفضاً إلى درجة كبيرة يكون إلى الحد المناسب، وهو ما يعني أن سلطة القاضي في التعديل ليست مطلقة تؤدي إلى إبطال العقد، بل هي مقيدة بالتعديل إلى الحد المناسب ويبرر ذلك ما يلي:

(أ) الحرص على عدم إهدار العقد:

لقد وضع الفقه الإسلامي حداً يجب أن تبلغه العقود التي يأن للقاضي بالتدخل فيها، فقد اشترط الأحناف لإمكان زيادة أجره الوقف تبعاً

(١) د/ عبد المحسن الروشيد في رسائله السابقة ص ٤٢٨ ، ٤٢٩ .

(٢) الآية ٢٩ من سورة النساء.

(٣) د/ الروشيد المرجع السابق ص ٤٣١.



لزيادة أجرة المثل أن تكون الزيادة عامة، بحيث تغطي جانباً كبيراً من العقارات كما اشترطوا لجواز الفسخ — إذا كانت الظروف تبرره — أن يكون ممكناً، فإذا تصادف وجود مزروعات بأرض الوقف لم تحصد بعد لم يفسخ العقد، وإنما تستبقى بأجرة المثل حتى تستحصد تلك المزروعات^(١)، والفقه الإسلامي الذي وضع حداً يجب أن تبلغه العقود التي يأذن للقاضي بالتدخل فيها، يضع حداً يجب أن يقف عندها التعديل حتى لا يهدر العقد كلية^(٢).

(ب) الضرورة تقدر بقدرها:

هذه القاعدة من فروع قاعدة الضرر يزال، وهي تعني أن ما أبيع للضرورة ليس مباحاً على الإطلاق، بل هو مباح بقدر هذه الضرورة، ومن مقتضيات هذه القاعدة أن المضطر لا يأكل الميتة إلا قدر سد الرمق، والطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة^(٣)، ويتطابق هذه القاعدة على سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، نجد أن أساس هذه السلطة هو رفع الجور والحد من التجاوز، ولذا يجب أن تحدد سلطته بهذه المهمة، وهو ما يستلزم القبول بذلك الفرق الواقع بين حد التناسب ومبلغ الضرر الفعلي، يدل على ذلك أن الغبن اليسير ليس له تأثير في العقود في

(١) الفتاوى الهندية ٤/ ٤٣٩ — ٤٤٤، د حسني محمد جاد الرب، في رساته السابقة

ص ٢٣٩، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

(٢) فإذا رأى المستأجر فسخ العقد للعذر، فليس له ذلك، إلا في حضور المالك، فإن كان المالك غائباً فلا يجوز له طلب الفسخ، راجع الفتاوى الهندية ٤/ ٤٥٨، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٦.



الفقه الإسلامي؛ لأن التعادل بين البديلين على وجه الكمال، أمر يصعب تحقيقه وثبوته في جميع أحوال العقود، ولأن المعاوضات لا تخلو منه عادة والناس لا يأبهون به ولا يعتنون^(١)؛ ولأن ما لا يمكن الاحتراز عنه لا ضمان فيه، وهي قاعدة تدل على أن الإسلام دين اليسر والسماحة والاعتدال^(٢).

(ج) التفرقة بين ضمان العقد وضمن الفعل:

المهم في نظرية الضمان في الإسلام هو تعويض المتضرر، سواء كانت المسؤولية عقدية أم تقصيرية، ورغم ذلك فإن هناك فرقاً بين ضمان العقد وضمن الفعل من حيث التعويض، فضمن العقد، يقوم العاقدان بتقديره وهو غير مبني على المماثلة، أما ضمن الفعل فهو مقدر بالمثل بالنص، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾^(٣) وعللوا تلك التفرقة بأن المقصود من العقود للربح، بخلاف ضمان للفعل إذ يقصد به جبر الضرر للواقع بسبب الفعل^(٤)، ثم إن ضمان العقد مشروع، وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان، ولهذا يجب للضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في

(١) عبد المحسن الرويشد، المرجع السابق، ص ٤٣٨ .

(٢) وهبة الزحيلي نظرية للضمان، المرجع السابق ص ٢٢٢ .

(٣) سورة النحل الآية رقم ١٢٦

(٤) المبسوط للمرخصي ١٢ / ٨٠ د/ وهبة الزحيلي السابق ص ٧٨، ٨٠، د/ سليمان

محمد أحمد، ضمان المتلفات في فقه الإسلامي، المرجع السابق ص ٦٩ .



ضمان العقد، فأما الإلتلاف فمقدر بالمثل بالنص، فلا يجوز الزيادة على قدر المتلف بسبب هذا الإلتلاف^(١).

(د) يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان:

تستلزم هذه القاعدة احترام الشرط ما أمكن، لأن الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن^(٢) وبتطبيق هذه القاعدة — على الشرط الجزائي نجد أنها تبرر القول بجوازه، ومن ناحية أخرى فإنها تبرر اعتماد الشرط الجزائي إلى أقصى حد ممكن، وهو الحد المناسب، الذي ليس بعده إلا التجاوز والتعسف، والقول بهذا يعنى جواز ما يقع بين حد التناسب ومبلغ الضرر، أما في الغش أو الخطأ الجسيم فإن القاضي يعطى الحرية التي لا تقيد بالحد المناسب، استناداً إلى ما منحه القاضي من حرية كاملة في حالة التعزير ليقيمه بقدر ما يرى من المصلحة فيه بحسب الفعل ودرجة ظروفه^(٣).

سلطة القاضي إزاء تنفيذ بعض الالتزام الأصلي:

إذا نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه فإن أحكام الفقه الإسلامي — تبرر تدخل القاضي — لتخفيض الشرط الجزائي، ذلك أن الفقهاء قد فرضوا لكل أمر ما يقابله من الضمان، ونصوا على أن الضمان يكون

(١) المبسوط للرخسي ١١ / ٨٠، د/ وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، المرجع السابق ص ٧٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاظمي ٦ / ٩٨ ط دار الكتاب العربي.

(٣) د/ عبد المحسن الروشيد المرجع السابق ص ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، د/ حسني محمد احمد جاد الرب، المرجع السابق ص ٢٤٢ .



كاملاً إذا كان من شأن الفعل إعدام كل منفعة متوخاة^(١) ففي حالة الغصب يختلف الضمان بين ما إذا كان النقصان يسيراً أم كثيراً على تفصيل بين المذاهب، فقد جاء في المذهب الحنفي: " غصب عصا فكسره أو ثوباً فخرقه، ضمن النقصان، ولو كان الكسر فاحشاً بأن صار حطباً أو وتدّاً لا ينتفع به منفعة العصا - أو كان الخرق فاحشاً كان له أن يضمّنه قيمته^(٢)، وإذا تغيرت العين المغصوبة به بفعل حتى زال اسمها وأعظم منافعتها، زال ملك المغضوب منه عنها، وملكها الغاصب وضمّنها^(٣)."

وعند المالكية: إذا نقص المغضوب عند الغاصب بفعل الغاصب خير المالك بين أخذ قيمة المغضوب يوم الغصب وتركه للغاصب وبين أخذ الشيء المغضوب على حالته الناقصة، وأخذ قيمة النقص يوم التعدي^(٤).

أما الشافعية: فعندهم إذا نقص المغضوب نقصاناً مستقراً انتقص به القيمة وجب رده إلى صاحبه وضمان أرش النقص، سواء كان باستعمال الغاصب. كأن بلى الثوب بلبسه أو ذبح الشاة، أو كسر الإناء أو

(١) راجع: د/ الروشيد السابق ص ٤٦٥ .

(٢) مجمع الضمانات البغدادي ١ / ٣٢٠ المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ١ / ٣٢٢.

(٤) المعونة على مذهب الإمام مالك، ٢ / ١٩٠، ١٩١، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.



طحن الحنطة أم بغير استعماله كطرو إغماء على الحيوان ونحو ذلك من الأمراض...^(١)

ومن المذهب الحنبلّي: يجب رد المغصوب إلى صاحبه، وضمان إرش النقصان إذا كان نقصاً مستقراً كثوب خرق، وإناء تكسر، وإن نقص نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساداه أو عفن فعليّه ضمان نقصه، وقال أبو الخطاب بتخيير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساداه ويأخذ أرش نقصه^(٢).

ومما سبق يتضح لنا أن الفقه الإسلامي يجوز تخفيض الشرط الجزائي إذا نفذ جزء من الالتزام الأصلي.

(١) مغنى المحتاج للشرعيني ٢ / ٢٨٦ ، ط مصطفى البابي الحلبي.

(٢) للمغنى لابن قدامة ٥ / ٥٤٦ ، الكافي في فقه الإمام أحمد ٢ / ٢٥٨ ، ط دار إحياء الكتب العربية.



المطلب الثاني

موقف القاضى من الشرط الجزائى فى القانون المدنى

لما كان الشرط الجزائى تعويضاً يتضرر بالاتفاق، فإنه يكون بهذه المثابة واجب الاحترام، سواء من ناحية الطرفين، إذ العقد شريعة المتعاقدين أو من ناحية القاضى، لأنه متى كان العقد صحيحاً فإن القاضى لا يملك المساس به، وإلا خالف ما اتفقت عليه إرادة المتعاقدين فى حدود النظام العام والآداب^(١)، إلا أن القول السابق يعبر عن الأصل، واستثناء من ذلك أجاز القانون للقاضى سلطة تخفيض أو زيادة الشرط الجزائى^(٢)، وهذه السلطة الممنوحة للقاضى لا يجوز حرمانه منها باتفاق خاص، ونص المادة (٢٢٤ / ٢) صريح فى بطلان مثل هذا الاتفاق^(٣)، وتقوم السلطة التى تثبت للقاضى بصدد الشرط الجزائى على إمكان تخفيض قيمة هذا الشرط أو حتى عدم الحكم بشئ منه، وعلى إمكان الحكم على المدين بتعويض يزيد على تلك القيمة، وإن كانت بعض الأحكام الوطنية سلمت بقاعدة الأخذ بالمبلغ المتفق عليه على أساس أن الاتفاق على تحديد التعويض فى العقد فى حالة عدم تنفيذ التعهد معناه التسليم فعلاً من

(١) د/ أحمد سلامة: مذكرات فى نظرية الالتزام (أحكام الالتزام) بدون تاريخ ص ٥٦.

(٢) د/ فريد عبد المعز فرج: الوجيز فى النظرية العامة للالتزام ٢ / ٦٣ ط دار النهضة، د/ إسماعيل غانم: أحكام الالتزام، المرجع السابق ١٢٣ / ٥ .

(٣) د/ جلال على العدوى: أصول أحكام الالتزام والإثبات، المرجع السابق ص ٧٢ .



المتعاقدين بأنهما يعتقدان أن عدم التنفيذ يترتب عليه ضرر حتماً، وأن هذا الضرر يقدر بالمبلغ المتفق عليه^(١).

إلا أن أغلب الأحكام أعطت للقاضي سلطتي إنقاص الشرط الجزائي وزيادته، وهو ما نتحدث عنه فيما يأتي:

أولاً: سلطة القاضي في انقاص قيمة الشرط الجزائي:

نصت المادة (٢٢٤/٢) مدني على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه" ويعني هذا أن المادة (٢٢٤/٢) تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين:

الحالة الأولى:

إذا كان تقدير التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة وهو ما أيده محكمة النقض المصرية^(٢)، والمقصود هو حالة ما إذا كانت المبالغة في التقدير قد خرجت بالشرط الجزائي عن معناه الأصلي كتعويض مقدر بالاتفاق، فجعلت منه شرطاً تهديدياً^(٣) فإذا ارتضى المفاوض أن يدفع ألف جنيه عن كل يوم من أيام التأخير في تشييد الدار وتسليمها لصاحبها برغم أن الضرر الذي نال هذا الأخير لا يتجاوز خمسين أو مائة جنيه في

(١) استئناف القاهرة ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢، المحاماة السنة ١٣ ص ٨٦٠ رقم ٤٢٥.

(٢) ٢ / ١٤٧٩ نقض مدني س ٤٧ قاعدة ٢٦٩ الطعن رقم ٣١٤١، ٦١ ق جلسة ١٩٩٦ / ١٢ / ٧ مجموعة أحكام المكتب الفني.

(٣) د/ سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص ٧٠.



اليوم، ففي هذه الحالة يكون للقاضي سلطة انقاص المبلغ المحدد في الشرط الجزائي باعتباره مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة^(١) وعلة هذا الاستثناء أن المبالغ الكبيرة تكشف عن أن قصد المتعاقدين لم ينصرف إلى الاتفاق على شرط جزائي، وإنما إلى الاتفاق على شرط تهديدي، ولهذا يأخذ حكم التهديد المالي^(٢).

وهذا إذا كان محل الالتزام من غير النقود، أما إذا كان الالتزام الأصلي مبلغاً من النقود كان المقصود بالشرط الجزائي المبالغ فيه إخفاء فوائد ربوية يتعين تخفيضها إلى الحد القانوني^(٣) وإذا لم يكن قصد المتعاقدين قد انصرف إلى شرط تهديدي، فلا يمكن تفسير المبالغة الكبيرة فيه، إلا على أساس غلط في التقدير وقع فيه المتعاقدان أو على أساس ضغط من الدائن حمل المدين على قبول مثل هذا الشرط الجائر، وفي أي من الفرضين يتعين تخفيفها التعويض^(٤). وسلطة التخفيض لا تتعلق إلا بالتعويض المبالغ فيه إلى درجة كبيرة، ومفاد ذلك أنه لا يكفي لممارسة القاضي سلطته أن يتجاوز التعويض مقدار الضرر، بل لابد أن تكون الزيادة بينها وبين مدى الضرر كبيرة، بحيث يظهر منها طابع التهديد أو إيقاع العقوبة، فإن كانت تلك الزيادة بسيطة ما كان ثمة محل للتخفيض

(١) ١/ ٨ المحاماة لسنة ١٣ ص ١١١٨، ١١١٩، رقم ٥٥٧ ط حجازي.

(٢) راجع: د/ جلال على العدوي المرجع السابق ص ٧٣، د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق ص ٩٥، د/ إسماعيل غانم المرجع السابق ١٢٥، د/ محمد شكري سرور المرجع السابق فقرة ٧١ ص ٦٩.

(٣) د/ أحمد شرف الدين المرجع السابق ص ٩٥.

(٤) د/ جلال على العدوي السابق، ص ٧٣.



فسلطة التخفيض لا يجب أن تمس للطابع الجزائي للشرط، فاصطلاح الجزاء يفيد التزيد عن قيمة الضرر على سبيل التعويض، فالمحظور هو التزيد المبالغ فيه إلى درجة كبيرة، فما زال مبدأ القوة الملزمة للعقد هو الأصل والتعديل هو الاستثناء، ذلك أن المشرع الوضعي لم يهدر الشرط الجزائي ليقدر التعويض بقدر الضرر تماماً، وإنما أجاز للقاضي رفع المبالغة الكبيرة لتكون إلى القدر المعقول احتراماً للعقد الذي قدر التعويض، على أنه يجب التسليم على أي الأحوال بأن المادة (٢٢٤ / ٢) الخاصة بإجازة التخفيض في هذه الحالة قد تضمنت قيداً يحد من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(١)

ومما سبق يتبين لنا أن سلطة القاضي في التعديل ترتبط بدرجة معينة يجب أن يبلغها التعويض الاتفاقي وهي ارتفاع الشرط الجزائي إلى درجة كبيرة ، ولذا يجب على القاضي أن يقوم بعمل مقارنة بين مبلغ التعويض والضرر الناتج عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه، فإذا وجد أن الشرط الجزائي مرتفع إلى درجة كبيرة عمد إلى تخفيضه؛ لأن هذا الشرط هو الذي يشكل مجال التعديل لتوافر مبرراته^(٢) ويبدو أن قضاء محكمة النقض يعتبر تلك المقارنة وما يتبعها من تخفيض من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا تخضع لرقابة محكمة

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني: أحكام الالتزام ١٩٩٦ ص ٨١ ، ٨٢ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق فقرة ٥٧ ص ٧٠ ، د/ إسماعيل غانم السابق فقرة ٥٠٠ ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٢) د/ حسني محمد أحمد جاد الرب في رسالته السابقة ص ٢٢٤ ، د/ حسام الأهواني، المرجع السابق ص ٨٢ .



النقض^(١)، ويقع على المدين عبء إثبات المبالغة في التقدير. باعتبار أن تقدير الشرط الجزائي يقيم قرينة على أن تقدير التعويض الوارد به متناسب مع الضرر الذي وقع^(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود الشرط يفترض معه أن تقدير التعويض متناسب مع الضرر الذي لحق الدائن وعلى القاضى أن يعمل هذا الشرط إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر فعندئذ لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً أصلاً...^(٣) وإذا ثبت أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، جاز للقاضى أن يتدخل بناء على طلب المدين، فينقص من مقدار هذا التعويض، ولا يكون الإنقاص إلى الحد الذى يجعل قدر التعويض مساوياً تماماً لقيمة الضرر، وإنما يجعله متناسباً مع هذا الضرر، أى يرد المبالغة فى التقدير إلى الحد المعقول لا إلى الحد المساوي للضرر^(٤)، وسلطة القاضى فى هذا الشأن

(١) نقض مدنى ١٧ / ٢ / ١٩٥٥ ، الطعن رقم ١٩٥ ، ٣٢٣ س ٢١ ق مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض.

(٢) د/ جلال محمد إبراهيم أحكام الالتزام ط ١٩٩٨ ص ١٦٢ ، د/ إسماعيل غانم مرجع سابق ص ١٢٥ .

(٣) ٥ / ١٢ / ١٩٦٨ طعن ٥٦٣ س ٣٤ مجموعة المبادئ للقانونية التى قررتها محكمة النقض .

(٤) د/ محمد لبيب شنب للمرجع السابق ف ٦٧ ص ٨٦ ، د/ محمد شنب أبو سعد ، التعويض القضائى والشرط الجزائى والفوائد القانونية، مرجع سابق ص ٩٣ ، ٩٥ ، د/ إسماعيل غانم للمرجع السابق ص ١٢٦ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي للمرجع السابق ص ٧٠ ، د/ أحمد شرف الدين، للمرجع السابق ص ٩٦ .



مفروضة ينص أمر أي أنها تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يقع باطلاً كل اتفاق يرد على خلافها^(١).

الحالة الثانية:

إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ذلك أنه إذا كان الشرط الجزائي قد وضع لحالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أصلاً فإن العدالة تقتضي إذا كان المدين قد نفذ التزامه تنفيذاً جزئياً لا يلزم بكامل التعويض المتفق عليه، ويكون القاضي بذلك قد أحترم إرادة المتعاقدين بتخفيض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ من الالتزام^(٢) وقد أيدت محكمة النقض^(٣) القضاء بهذا الرأي، ويجب لإمكان التخفيض أن يكون التنفيذ الجزائي ذا فائدة للدائن وليس تافهاً ويكون التخفيض بنسبة الفرق بين الفائدة التي تحققت للدائن بالتنفيذ الجزئي، وبين ما كان يحصل عليه لو نفذ الالتزام تنفيذاً كاملاً^(٤)، ويخفض مبلغ التعويض المتفق عليه بقدر

(١) د/ محمد شكرى سرور / السابق ف ٧١ ص ٦٩ ، د/ محمود جمال الدين زكى فى بحث له بعنوان اتفاقات المسؤولية مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث السنة الثلاثون ط جامعة القاهرة ٩٦٠ ص ٦٨٥ .

(٢) د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق ص ٩٣ ، د/ أحمد سلامة السابق ص ٥٨ .

(٣) نقض منى س ٤٧ ص ١٤٧٩ قاعدة ٢٦٩ الطعن رقم ٣١١٤ ، ٦١ ق جلسة ١٢/٧ ، ١٩٩٦ مجموعة أحكام المكتب الفنى .

(٤) د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق ص ١٢٤ هامش رقم ٢ ، د/ جلال محمد إبراهيم ص ١٦٤ ، ١٦٥ .



هذه النسبة^(١)، وقد نصت على حكم هذه الحالة المادة (٢٢٤ / ٢) بقولها "يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ولا يقتصر حكم هذا النص على حالة ما إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً عن عدم التنفيذ بل هو ينطبق أيضاً في حالة الشرط الجزائي. عن التأخير، فيجوز تخفيض التعويض بنسبة الفائدة التي عادت على الدائن من الجزء الذي تم تنفيذه من الالتزام، أو بنسبة ما نفذ منه بغير تأخير بحسب الأحوال"^(٢)، ولا محل لإعمال حكم هذا النص في حالة التنفيذ المعيب الذي يرقى إلى مرتبة عدم التنفيذ الكلي حيث نكون بصدد عدم تنفيذ كامل وليس جزئياً، كذلك إذا كان التعويض يتغير بحسب مراحل التنفيذ فلا محل لأعمال هذه الحالة وذلك مثل أن يكون التعويض مبلغاً معيناً في حالة عدم التنفيذ في المرحلة الأولى ومبلغاً آخر عن المرحلة الثانية، وهكذا، فتتفاد كل مرحلة يؤدي بالضرورة إلى استبعاد أي تعويض عن تلك المرحلة، ولا يبقى سوى التعويض عن المراحل الأخرى^(٣).

(١) د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق ص ١٢٤، د/ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق ص ١٦٥

(٢) د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق ص ١٢٤، د/ جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق ص ١٦٥ .

(٣) د/ حسام الأهواني السابق ص ٨٣، ٨٤ .



يلاحظ أخيراً أن سلطة القاضي في تخفيض مقدار التعويض في هذه الحالة - كالتى قبلها - من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على حرمانه منها^(١).

ثانياً: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

جاء نص المادة (٢٢٥) موضحاً هذه السلطة حيث نصت على أنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا ثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً" يتضح من هذا النص أن القاعدة العامة والأصل أن يلتزم المدين بقيمة التعويض المتفق عليه بلا زيادة، حتى لو زادت قيمة الضرر فعلاً على مقدار ذلك التعويض، وذلك عملاً بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين^(٢).

ولأن الشرط الجزائي في هذه الحالة يكون في الحقيقة على تخفيض المسؤولية أو الإعفاء منها، وهو اتفاق تجيزه المادة (٢١٧ / ٢) مدني التي تقضى بجواز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم^(٣) وهذا في المسؤولية العقدية، أما المسؤولية التقصيرية فالاتفاق

(١) د/ محمد ليبب شنب، السابق ص ٨٦، د/ فريد عبد المعز فرج، السابق ص ٦٤، د/ محمود جمال الدين زكى في بحثه السابق ص ٦٨٥.

(٢) د/ محمد ليبب شنب، المرجع السابق، ٨٦، د/ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٨٥، د/ أحمد شرف الدين السابق، ص ٩٧، د/ محمد شكرى سرور، المرجع السابق، رقم ٧٣، ص ٧٠.

(٣) د/ أحمد شرف الدين، المرجع السابق ص ٩٧.



على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها يقع باطلاً^(١)، وإذا كان الأصل أن الشرط الجزائي يمثل الحد الأقصى للتعويض، فإن الاستثناء هو جواز زيادة القاضى للشرط الجزائي إذا تحقق شرطان: الأول الاتفاق على شرط جزائي يقل عن الضرر، الشرط الثاني إذا كانت زيادة الضرر عن مقدار الشرط الجزائي راجعة إلى ما ارتكبه المدين من غش أى خطأ عمدى أو خطأ جسيم، فإذا توافر هذان الشرطان جاز للقاضى أن يزيد فى مقدار التعويض بحيث يكون معادلاً لقيمة الضرر^(٢).

فارتكاب المدين لهذه الأفعال يبرر فى نظر الشارع الخروج على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، والرجوع إلى الفكرة الأساسية فى التعويض وهى أنه يقصد به جبر الضرر؛ فيجب أن يحدد مقداره بقيمة هذا الضرر^(٣) ولأن شرط التخفيف من المسؤولية عن الغش أو الخطأ يقع باطلاً طبقاً للمادة (٢١٧) يضاف إلى ذلك أن إرادة المتعاقدين عندما حددت التعويض الاتفاقى إنما كانت تواجه حالة الخطأ العادى، ولهذا فإن عدم التقيد بالشرط الجزائى يتفق مع إرادة المتعاقدين^(٤)، ويقع على الدائن الذى يطالب بزيادة قيمة التعويض الاتفاقى عبء إثبات غش المدين أو

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، فقرة ٥٠ ص ٥٩ .

(٢) د/ حسام الأهواني، ص ٨٥، د/ سعيد سعد عبد السلام السابق، ٧٢، ٧١، د/ فريد عبد المعز فرج، السابق ٦٤ .

(٣) د/ محمد لييب شنب، السابق فقرة ٦٨ ص ٨٦ .

(٤) د/ جلال على العدوى، السابق ص ٧٣ ، ٧٤ .



خطئه الجسيم، كما يقع عليه إثبات مجاوزة قيمة الضرر لمقدار التعويض^(١).

ويلاحظ أن القواعد المنصوص عليها في المادة (٢٢٥) متعلقة بالنظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها^(٢).

(١) وفقاً للرأي الراجع في الفقه فإن سلطة القاضي في زيادة مقدار التعويض مقصورة على حالة ارتكاب المدين شخصياً لغش أو خطأ جسيم، أما إذا كان الضرر ناشئاً عن غش أحد ممن استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه أو خطئه الجسيم فلا يكون للدائن أن يطالب بزيادة التعويض. راجع د/ محمد لبيب شنب ص ٨٧ وهامش ١ من نفس الصفحة، د/ سليمان مرقس المرجع السابق فقرة ١٠٢ ص ١٩٤ .

(٢) د/ جلال محمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ١٦٨ .



المبحث الرابع

الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

بالموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني فيما يتعلق بشروط استحقاق الشرط الجزائي، وتكليفه وموقف للقاضي منه نلاحظ الآتي:

١- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن الشرط الجزائي يخضع في استحقاقه لشروط المسؤولية المدنية وهي للخطأ والضرر، وأما إعدار للمدين فهو مجرد إجراء إداري تنظيمي لا يمانع منه الفقه الإسلامي بمقتضى مبدأ السيادة الشرعية الذى يخول الحاكم اتخاذ الإجراءات الإصلاحية للملائمة، غير أن الفارق بين الفقه الإسلامي والقانون فيما يتعلق بهذا الإجراء هو أن الإعدار محدود للفائدة في الفقه الإسلامي لأن عدم تنفيذ الالتزام يعتبر إخلالاً بالتزام ديني وخلقى، أما الإعدار في القانون المدني فله أهميته لأنه ينتج أثراً قانونياً يتعلق بمبدأ سريان التعويضات التأخيرية ويحدد المسؤولية المدنية^(١).

٢- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن معيار التعدي أو للخطأ موضوعي مجرد لا شخصي دخلي، إلا أن القانون المدني يشترط في المخطئ أن يكون مميزاً ليتحقق للركن المعنوي للخطأ، أما في الفقه الإسلامي، فإن للخطأ أو الاعتداء واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية، سواء كان المتعدى صغيراً أو كبيراً، كما يستوى أن يكون التعدي خطأ أو عمداً، ذلك أن الغرض من الجواب

(١) د/ وهبه الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، السابق ٨٥، ٨٦.



جبر ما فات من مصالح حقوق الله وحقوق عباده، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثماً، وكذلك شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان، وعلى المجانين والصبيان^(١).

٣- لا وجود لمسألة الخطأ المفترض في الفقه الإسلامي بخلاف ما قرره بعض الفقهاء القانونيين من أن الخطأ المفترض يكفي لاستحقاق التعويض الاتفاقي لذلك فإن من المقرر في الشريعة الإسلامية أنه من الضروري حدوث الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي بخلاف ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون من افتراض الضرر وما يترتب عليه من إعفاء للدائن من إثباته، وأن المدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات عدم لحوق ضرر بالدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو للتأخير فيه^(٢).

٤- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن الشرط الجزائي اتفاق تابع للعقد الأصلي، ويترتب على هذا التكيف أن حق الدائن ينصب أولاً على تنفيذ الالتزام الأصلي ما دام ممكناً، فإذا تعذر الوفاء به انتقل حقه إلى التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي فليس للدائن حق الاختيار المطلق بين التنفيذ العيني والشرط الجزائي، كما لا يجوز للمدين دفع الشرط الجزائي بدلاً منه الالتزام الأصلي ومن ناحية أخرى فإنه يترتب على تبعية الشرط الجزائي للعقد الأصلي

(١) قواعد الأحكام للخرين عبد السلام، ١/١٢٩، مؤسسة الريان.

(٢) راجع: د / حسني محمد أحمد جلا الرب في رسالته السابقة، ص ١٨٧.



أنه يدور مع العقد الأصلي وجوداً وعدمًا وذلك إعمالاً لفكرة التابع يتبع متبوعه، وعليه فإنه إذا بطل العقد الأصلي أو فسخ فإن الشرط الجزائي بدوره يبطل أو يفسخ والعكس غير صحيح، أي أن بطلان الشرط الجزائي لا يستوجب بطلان الالتزام الأصلي، وكذلك الأمر في الفسخ؛ لأن سقوط الأصلي يوجب سقوط الفرع.

٥- إذا توافرت شروط تطبيق الشرط الجزائي فإن القاضي يحكم على المدين عند إخلاله بالالتزام بنفس المبلغ الذي تضمنه هذا الشرط، إلا أن القانون المدني قد أعطى للقاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي - على سبيل الاستثناء - وتشتمل هذه السلطة في إنقاص قيمة الشرط الجزائي في حالتي ما إذا كان مرتفعاً إلى درجة كبيرة، أو إذا ثبت أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، كما أن للقاضي سلطة في زيادة قيمة الشرط الجزائي إذا أخذ إخلال المدين بالالتزام صورتي الغش أو الخطأ الجسيم، ولا تختلف هذه الأحكام في جملتها، عما هو مقرر في الفقه الإسلامي إذ إن هذا الفقه يقر تعديل الشرط الجزائي عن طريق القاضي تخفيفاً إذا كان مرتفعاً إلى درجة كبيرة، أو نفذ الالتزام الأصلي في جزء منه أو زيادة إذا كانت قيمة الضرر تزيد على قيمة الشرط الجزائي إلى أن الفقه الإسلامي لا يشترط الغش أو الخطأ الجسيم - كما هو مقرر في القانون المدني، في حالة زيادة قيمة الشرط الجزائي ما دام أن الضرر يجاوز قيمة الشرط الجزائي وتستند هذه الأحكام في الفقه الإسلامي إلى عدد من الحالات شهدت تدخلاً قضائياً - كما سبق - وإلى عدد من القواعد الفقهية من أهمها - الضرر يزال - فإذا كان الشرط الجزائي مرتفعاً أو منخفضاً إلى



درجة كبيرة فهو يلحق ضرراً بالدائن أو المدين ويتعين إزالة هذا الضرر^(١).

٦- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ترتبط بالحد المناسب والمعقول الذي لا إفراط فيه ولا تفريط، كما يتفقان في أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان القاضي من هذه السلطة.

(١) راجع د / حسنى محمد احمد جاد الرب، في رسالته السابقة، ص ٢٣٦ .



الخاتمة

أهم نتائج البحث

وبعد أن انتهينا بعون الله وتوفيقه من هذا البحث الذي كان موضوعه " الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني " سوف نعرض لأهم النتائج التي يمكن استخلاصها منه، وذلك على النحو التالي:

١- إذا كان الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح للشرط الجزائي، فإن معناه وملوله موجود فيه، وهو أحد المعاني التي يطلق عليها الشرط في القانون المدني، والفقه الإسلامي، ويختلف الشرط الجزائي عن العربون في أن حصول الضرر شرط لاستحقاق الشرط الجزائي وليس الأمر كذلك في العربون.

٢- الأصل في الشروط في الفقه الإسلامي الجواز والصحة، ولا يبطل منها ولا يحرم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهو ما يمثل الرأي الموسع للشروط، وهو الذي يوسع على الناس في معاملاتهم ويتفق مع يسر الشريعة وسماحتها، بخلاف من يرى أن الأصل في الشروط الحظر والمنع، فهو قد ضيق على الناس في معاملاتهم وسائر تصرفاتهم، دون أن يحسب لاختلاف الأزمان وتطور التعامل بين الناس أي حساب، وإذا لجأ أصحاب هذا المذهب إلى الدخول في باب الحيل عندما وجدوا مذهبهم لا يساير الزمن، ولا يتلاءم مع ما يتعامل به الناس.



٣- لقد التزم - الفقهاء - القائلون بأن الأصل في الشروط الجواز والصحة باب الاحتياط فلم يفتحوا باب الشروط لكل طارق، يبيح منها ما يشاء، بل ألزموا من أراد الحكم بصحة أى شرط أن يستوعب الأدلة المعارضة لتلك الأدلة التي جاءت بإباحة الشروط حتى يكون حكمه صحيحاً فإن وجد المعارض عمل به وإلا حكم بإباحة الشرط وحكمه^(١).

٤- الأصل في الشروط في القانون الجواز والصحة. ولا يبطل منها إلا شرطاً يخالف النظام العام والآداب، وهو ما يتفق مع رأى الفقهاء - الإسلاميين - القائلين بأن الأصل هو جواز الشروط وصحتها ويخالف رأى الفقهاء القائلين بأن الأصل في الشروط الحظر والمنع، ولا يصح منها شرط إلا بدليل معين من نص أو إجماع أو قياس.

٥- أما عن حكم الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، فإنه يختلف بين ما إذا كان هذا الشرط في الالتزامات التي يكن محلها مبلغاً من النقود أم لا.

(أ) فإذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، واشتمل على شرط جزائي اتفق فيه الدائن والمدين على أن يدفع المدين مبلغاً من النقود عن كل يوم يتأخر فيه عن سداد الدين عند حلول أجله، فإن مثل هذا الشرط يشتمل على فائدة اتفاقية تسمى بفائدة التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام وقد أجازها القانون الوضعي (المدني) أما في الشريعة

(١) د/ زكى الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص ٩١، ٩٢



الإسلامية فإن مثل هذا الشرط الجزائي حرام، ولا يعمل بمقتضاه، ذلك أن المقدار الذي يتفق عليه في هذه الحالة يكون ربا، والربا بجميع أنواعه حرام شرعاً، فلا يحل أخذه ولا إعطاؤه.

(ب) أما إذا كان الشرط الجزائي في الالتزامات التي يكون محلها شيئاً آخر غير النقود فهو شرط صحيح في القانون، باعتبار أن الأصل في الشروط الجواز والصحة، وهو شرط صحيح أيضاً في الشريعة الإسلامية، ولكن على رأي القائلين بأن الأصل في الشروط الجواز والصحة، وهو الرأي الراجح - كما سبق - أما القائلون بأن الأصل في الشروط الحظر والمنع، فلا يمكن تصحيح الشرط الجزائي بناء على رأيهم، إلا إذا خرجناه بناء على العرف الذي قال به الأخناف أو بناء على المصالح المرسلة التي قال بها المالكية، فإنه يكون شرطاً صحيحاً أيضاً وهذا يعني أن الشرط الجزائي مشروع في رأي الجمهور من الفقهاء، وهو ما يتفق مع روح الشريعة ومقاصدها العامة التي رفعت عن الناس الضرر والضرار وأوجبت عليهم الوفاء بالعقود وما يشترطونه فيها من شروط^(١)، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) وقال الرسول - ﷺ - " للمسلمون عند شروطهم" وقال أيضاً: " لا ضرر ولا ضرر"^(٣) ولا شك أن القول بجواز الشرط الجزائي، فهذا حفظ للحقوق وعدم التلاعب بها، وهو يقطع دابر

(١) د: زكي الدين شعبان، المرجع السابق ص ١٦٤ .

(٢) الآية رقم ١ من سورة المائدة.

(٣) سبق تخريج هذين الحديثين الأول ص ١١ هامش رقم (١). والثاني ص ٩٠

هامش رقم (٢) من البحث.



النزاع المحتمل حول مقدار التعويض، ويمثل ضغطاً على المدين لتنفيذ التزاماته كما أنه يعد عقوبة مالية في مقابل الإخلال بالالتزام شريطة ألا يؤدي إلى الربا أو أكل أموال الناس بالباطل وإلا كان باطلاً.

٦- بناء على الحكم بجواز الشرط الجزائي، فإنه لا يحكم بالجزاء المشروط إلا إذا توافرت أركان المسؤولية وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر والإعذار فإذا انتفى شرط من هذه الشروط لم يكن للدائن أن يطالب المدين بقيمة الشرط الجزائي، ويلاحظ أن القانون في الشرط الجزائي يفترض حدوث الضرر للدائن بمجرد الإخلال بالالتزام، وعليه فإن الدائن لا يلتزم بإثبات وجود الضرر الذي يطالب بالتعويض عنه لا إثبات قيمته، كذلك فإن الخطأ قد يكون مفترضاً في القانون ولا يجب إثباته أما في الفقه الإسلامي فلا وجود لمسألة الخطأ أو الضرر المفترضين.

٧- إن النص على الشرط الجزائي لا يمنع القول بأن الأصل في الالتزام هو الالتزام بالتنفيذ العيني، فلا يستطيع الدائن عندئذ مطالبة مدينه بالشرط الجزائي أولاً أو أن يختار بين الشرط الجزائي والتنفيذ العيني، فالشرط الجزائي ليس التزاماً بديلاً، بحيث يجيز للمدين أن يؤدي أداء من اثنين إما المحل الأصلي للالتزام وإما البديل، وهو ليس التزاماً تخييرياً؛ لأن الالتزام التخيري هو التزام يشمل محله عدة أشياء تبرأ نمة المدين إذا أدى واحداً منها، وليس الأمر كذلك في



الشرط الجزائي؛ لأنه ما دام التنفيذ العيني ممكناً وعرضه للمدين فما على الدائن إلا القبول، فالأصل كما قلنا هو التنفيذ العيني^(١).

٨- يتسم الالتزام بالشرط الجزائي بأنه اتفاق تابع لالتزام أصلي وليس هو التزاماً أصلياً؛ لأنه لا يمكن أن يقوم وحده وإنما يستند إلى التزام أصيل، وهكذا تهيمن فكرة التبعية على فكرة الالتزام بالشرط الجزائي، ويترتب على ذلك أمور من أهمها:

(أ) أن بطلان الالتزام الأصلي يستتبع بالضرورة بطلان الشرط الجزائي ولا عكس، فإذا أبرم الاتفاق الأصلي المرتب للالتزام الأصلي شخص عديم الأهلية، أو شخص لا صفة له، كان الالتزام بالشرط الجزائي التابع له باطلاً^(٢) أما بطلان الشرط الجزائي فهو لا يستتبع بطلان الالتزام الأصلي لأن انعدام التابع لا يفضي إلى انعدام المتبوع، فإذا اشترط الدائن المرتهن على المدين إذا لم يوفه حقه عند حلول الأجل المحدد للدين - أن يبيع العين المرهونة أو يملكها دون اتباع الإجراءات المقررة قانوناً، ففي هذه الحال يكون الشرط الجزائي باطلاً رغم صحة الالتزام الأصلي^(٣).

(١) د / محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، المرجع السابق ص ٨١ وما بعدها.

(٢) د / محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ٩٩، د/ محمد لييب شنب السابق ص ٨٣.

(٣) د / محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ١٠٠، د/ محمد لييب شنب السابق ص ٨٣.



(ب) يترتب على قاعدة تبعية للشرط الجزائي للالتزام الأصلي أيضاً، أن الدائن إذا اختار عند إخلال المدين بالتزامه الأصلي، فسخ العقد بدلاً من تنفيذ الشرط الجزائي، سقط الالتزام الأصلي بمجرد فسخ العقد، وسقط معه الشرط الجزائي لأنه تابع له.

(ج) كما يترتب على قاعدة التبعية أن الالتزام الأصلي إذا كان موصوفاً أي مضافاً إلى أجل، أو معلقاً على شرط، فإن الالتزام بالشرط الجزائي يصبح بدوره موصوفاً بهذه الأوصاف، فلا يستحق قبل حلول الأجل، أو تحقق الشرط^(١).

٩- إعمالاً لقاعدة الاتفاق شريعة المتعاقدين، فإن على المدين - متى أخل بالتزامه، ولم يستطع إثبات نفي الضرر عن الدائن - أن يدفع التعويض المتفق عليه بمقداره المحدد في البند الجزائي، غير أن هذا الحكم ليس مطلقاً إذ يثبت للقاضي، بصدد الشرط الجزائي سلطة كبرى، للتأكد من أن الغرض من التعويض أساساً هو جبر الضرر وأنه لم يأت كإجراء تهديدي أو عقابي^(٢).

١٠- إن سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي ليست مطلقة، بل ترتبط بكون هذا الشرط مرتفعاً، أو منخفضاً إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه، وتتمثل سلطته في هذه الحالة في تخفيض قيمة الشرط الجزائي، كذلك إذا زادت قيمة الضرر على

(١) د / محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق ص ١٠٠، ١٠١.

(٢) د / محمد لبيب شنب، المرجع السابق ص ٨٥، د / عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق ص ٦٩.



مقدار التعويض المحدد في الشرط الجزائي، فإن للقاضي سلطة في زيادة قيمة هذا الشرط شريطة أن يأخذ إخلال المدين بالتزامه صورتي الغش أو الخطأ العمدى في القانون، أما في الفقه الإسلامي فإن مجرد زيادة الضرر عن الشرط الجزائي تعطى للقاضي سلطة التعديل، وعلى أية حال فإنه يجب أن ترتبط ممارسة سلطة القاضي للتعديل بالحد المعقول بلا إفراط ولا تفريط إلا إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً فإن القاضي حينئذ لا يتقيد بالحد المناسب^(١) في الفقه الإسلامي بخلاف القانون ففي كل الأحوال لابد أن يكون التعديل مناسباً.

١١- يجب الاستعانة بنوى الخبرة لتقرير جسامه الشرط الجزائي أو زهده، أو مدى ما نفذ من الالتزام الأصلي، فمثل هذه الأمور ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالمسائل الفنية، وأمام السلطة التقديرية الواسعة التي منحها القوانين لقضائهما في تعديل الشرط الجزائي، فإنه يبقى من الضروري أن يستعين القضاة بالخبراء، لأنهم يضعون للقاضي أرقاماً وقيماً، ومقاييس دقيقة مبنية على وقائع ومعالم سليمة تتأى به عن التقدير الشخصي، الذي ربما يوقعه في أتون الخطأ^(٢) وهذا ما أثبتته فتوى علماء المملكة العربية السعودية بقولها: " وإذا كان الشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب ما فات من منفعة أو لحق من مضرة، ويرجع تقدير ذلك

(١) د/ عبد المحسن الروشيد في رسالته السابقة ص ٦٢٨ ، ٦٢٩ .

(٢) راجع د/ عبد المحسن الروشيد، السابق ص ٦٣٠ ، د / حسنى محمد أحمد جاد

الرب، السابق ص ٥٧ ، ٥٨ .



عند الاختلاف إلى الحاكم الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر^(١)
عملاً بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُكِمَ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾^(٢)
ويقوله -عليه السلام- : " لا ضرر ولا ضرار"^(٣) وهو ما يتفق مع وجهة نظر
الفقه الإسلامي، فقد جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون (كنلك يرجع
إلى أهل المعرفة بمسائل الضرر مما يحدثه الإنسان على جاره - أو
في الطرقات وأنواع ذلك)^(٤).

-
- (١) راجع بحث الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء بالملكة العربية
السعودية، المرجع السابق ص ٢١٤ .
(٢) الآية ٥٨ من سورة النساء.
(٣) سبق تخريج هذا الحديث ص ٩٠ هامش رقم (٢) من البحث.
(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢ / ٧٩ ط دار المعرفة، بيروت.



فهرس أهم المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم وتفسيره:

١- أحكام القرآن للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، ط دار الفكر.

٢- أحكام القرآن للجصاص، ط دار المصحف.

٣- صفوة التفاسير للشيخ محمد علي الصابوني، ط دار السلام.

ثانياً: كتب الحديث:

١- تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني، مكتبة الكليات الأزهرية.

٢- سنن أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني الأزدي، ط دار الحديث.

٣- سنن ابن ماجه للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ط دار إحياء التراث العربي.

٤- سنن الترمذي: هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، المكتبة الثقافية، بيروت.

٥- السنن الكبرى للبيهقي: ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٦- صحيح مسلم بشرح النووي: للإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ط دار الفكر.



- ٧- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ط دار الريان.
- ٨- معرفة علم الحديث للحاكم ط دار الكتب.
- ٩- المستدرك للحاكم، ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ١٠- مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني المروزي، ط دار الفكر.
- ١١- نيل الأوطار للشوكاني للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مكتبة دار التراث.

ثالثاً: مراجع من كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية:

- ١- الإحكام في أصول الأحكام للحافظ محمد بن علي بن حزم الأندلسي الظاهري، مطبعة العاصمة بالقاهرة.
- ٢- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للإمام جلال عبد الرحمن السيوطي، ط مصطفى البابي الحلبي.
- ٣- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للإمام زين الدين إبراهيم بن نجيم الخفي المصري، ط مؤسسة الحلبي ١٩٦٨م.
- ٤- أصول الفقه د / زكي الدين شعبان بدون تاريخ.
- ٥- أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة، ط دار الفكر.
- ٦- أصول الفقه د / وهبة الزحيلي، ط دار الفكر.



٧- تهذيب الفروق لمؤلفه العالم الفاضل الشيخ محمد على ابن المرحوم الشيخ حسين مفتى المالكية بهامش للفروق للقرافى، ط عالم للكتب.

٨- الفروق للقرافى وهو الإمام شهاب الدين الصنهاجى للقرافى، ط عالم للكتب.

٩- فواتح للرحموت بشرح مسلم الثبوت، مطبوع مع المستصفي للغزالي، المطبعة الأميرية ببولاق.

١٠- قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام، مؤسسة الريان.

١١- القواعد الفقهية للشيخ على أحمد الندى، ط دار للقلم، دمشق.

١٢- كشف الأسرار للزبدوى، ط دار الكتاب العربى.

رابعاً: معاجم اللغة العربية:

١- للقاموس المحيط، ط مجمع اللغة للعربية.

٢- المصباح المنير للفيومى، ط مكتبة لبنان.

٣- للمعجم الوجيز، ط خاصة بوزارة للتربية والتعليم.

٤- لسان العرب لابن منظور، ط دار المعارف.

خامساً: مراجع الفقه:

١- مراجع الفقه الحنفى:

١- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، دار المعرفة، بيروت لبنان،



الشرط الجزائي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني

٢- بدائع الصنائع للكاساني، ط دار الكتاب العربي.

٣- حاشية ابن عابدين وهو الشيخ محمد أمين، ط دار إحياء التراث العربي.

٤- الفتاوى الهندية: تأليف مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام وقد جمعها الأمير الهندي عالمكير المتوفى ١٠٧٠ هـ دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٥- المبسوط لشمس الأئمة محمد بن سهل السرخسي المتوفى ٤٨٣ هـ ط دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٦- مجمع الضمانات للعلامة محمد بن غانم بن محمد المتوفى ١٠٣٠ هـ المعروف بالبغدادي.

٧- نشر العرف في بناء الأحكام على العرف ضمن رسائل ابن عابدين بدون تاريخ.

ب- مراجع من كتب الفقه المالكي:

١- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك لجامعه أبو بكر ابن حسن الكشناوي، ط دار الفكر.

٢- بدلية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن محمد بن رشد القرطبي الحفيد المتوفى ٥٢٠ هـ طبعة دار مصطفى البابي الحلبي.

٣- تبصرة الحكام لابن فرحون، ط دار المعرفة، بيروت.



٤- حاشية الصاوي على الشرح الصغير للشيخ أحمد الصاوي المتوفى ١٢٤١ هـ ط مصطفى البابي الحلبي.

٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي المتوفى ١٢٣٠ هـ ط دار إحياء الكتب العربية.

٦- الذخيرة للقرافي: وهو شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ط دار الغرب الإسلامي المتوفى ١٢٠١ هـ

٧- الشرح الصغير لسيدى أحمد الدردير على مته المعروف بأقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ط المعاهد الأزهرية.

٨- الشرح الكبير لسيدى أحمد الدردير مطبوع مع حاشية الدسوقي.

٩- شرح الزرقاني على مختصر خليل: للشيخ عبد الباقي الزرقاني بن يوسف المتوفى ١١٢٢ هـ ط دار الفكر.

١٠- فتح ائعلى المالك فى الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ عيش ط دار المعرفة، بيروت.

١١- الفواكه الدوانى شرح رسالة أبى زيد القيروانى للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم النفراى توفى ١١٢٠ هـ ط مصطفى الحلبي.

١٢- الكافى لابن عبد البر المالكى ط مكتبة الرياض الحديثة وهو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي.



١٣- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: وهو لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ.

ج. مراجع من كتب الفقه الشافعي:

- ١- إخلاص النواوي للمقري، وهو إسماعيل بن أبي بكر المقري توفى ٨٣٧ هـ المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ١٩٩٤ م.
- ٢- حواشي عبد الحميد الشرواني، أحمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج شرح المنهاج ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- ٣- الحاوي الكبير لإمام أبي الحسن الماوردي المتوفى ٤٥٠ هـ ط دار الفكر.
- ٤- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ الناشر المكتب الإسلامي.
- ٥- العزيز شرح الوجيز للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى ٦٢٣ هـ ط دار الكتب.
- ٦- مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للإمام محمد ابن أحمد الشريبي المتوفى ٩٧٧ هـ ط مصطفى الحلبي.
- ٧- المذهب لأبي إبراهيم إسحاق بن يوسف الشيرازي المتوفى ٣٧٦ هـ ط عيسى البابي الحلبي.



٨- نهاية المحتاج شرح المنهاج لشمس الدين محمد أبي العباس بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المتوفى ١٠٠٤ هـ ط مصطفى البابي الحلبي.

د - مراجع من كتب الفقه الحنبلي:

١- أعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى ٧٥١ هـ ط مكتبة الكليات الزهرية.

٢- الإنصاف لعلاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي المتوفى ٨٨٥ هـ ط دار إحياء التراث العربي.

٣- الروض المربع لمنصور بن يوسف بن إدريس البهوتي المتوفى ١٠٥١ هـ ط دار إحياء التراث العربي.

٤- الفروع لابن مفلح بن محمد بن مفلح المتوفى ٨٤٤ هـ وهو أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله، ط دار الكتاب العربي.

٥- الكافي في فقه الإمام أحمد، لموفق الدين بن قدامة، صاحب المغنى المتوفى ٦٣٠ هـ ط دار إحياء الكتب العربية.

٦- كشف القناع على متن الإقناع للعلامة منصور البهوتي توفى ١٠٥١ هـ ط دار الفكر.

٧- المبدع شرح المقنع لابن مفلح، المكتب الإسلامي.



٨- مجموع فتاوى ابن تيميه وهو الإمام أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري المتوفى ٧٢٨ هـ ط كردستان العلمية.

٩- المغنى لابن قدامة، السابق ذكره ط دار الغد العربي.

د- مراجع من كتب الفقه الظاهري:

١ - المحلى لابن حزم الظاهري ط دار الآفاق الجديدة.

سادساً: مراجع حديثة في الفقه الإسلامي:

١- د / صبحي محمضاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بدون تاريخ.

٢- د/ عبد الرازق حسن فرج: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط دار المعارف.

٣- الإمام محمد أحمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط دار الفكر.

٤- د/ محمد أحمد سراج: نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ط المطبوعات الجامعية.

٥- أ/ محمد سلام منكور: المدخل الفقهي الإسلامي في تاريخه ومصادره، ط دار النهضة العربية ١٩٦٠ م.

٦- د/ محمد يوسف موسى: الفقه الإسلامي مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه، ط دار الكتاب العربي.



٧- د/ محمود بلال مهران: الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ط دار الثقافة ١٩٨٥ م.

٨- أ/ مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء الأديب دمشق، ط الهيئة العامة للكتاب.

٩- د/ مصطفى بسيوني: مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية، ط للهيئة العامة للكتاب.

١٠- د/ وهبة الزحيلي:

أ- الفقه الإسلامي وأدلته ط دار الفكر.

ب- نظرية الضمان ط دار الفكر.

سابعاً: مراجع في القانون:

١- د / احمد سلامة: مذكرات في نظرية الالتزام " أحكام الالتزام" بدون تاريخ.

٢- د/ أحمد شرف الدين: نظرية الالتزام " أحكام الالتزام والإثبات" بدون تاريخ.

٣- د / إسماعيل غانم: أحكام الالتزام والإثبات ط مكتبة عبد الله وهبة ١٩٦٧ م.

٤- د / توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، ط ١٩٨٥ م.



٥- د / جلال على العدوى: أصول أحكام الالتزام والإثبات ط منشأة المعارف.

٦- د / جلال محمد إبراهيم: أحكام الالتزام ط جامعة القاهرة ١٩٩٢ م.

٧- د / حسام الدين الأهواني "أحكام الالتزام" ط ١٩٩٦ م.

٨- د / سعيد سعد عبد السلام: أحكام الالتزام، ط دار النهضة.

٩- د / سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني: أحكام الالتزام، ط دار الكتب القانونية ١٩٩٢ م بيروت، لبنان.

١٠- د / طلبة وهبة خطاب: أحكام الالتزام والإثبات، ط منشأة المعارف.

١١- د / عبد الخي حجازي: موجز النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، المطبعة للعالمية ١٩٥٥ م.

١٢- د / عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ط دار إحياء التراث العربي.

١٣- د / عبد الفتاح عبد الباقي:

أ- نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي ط ١٩٨٤ م.

ب- نظرية القانون ط ١٩٩٣ م.

ج - أحكام الالتزام، ط جامعة القاهرة ١٩٩٢ م.



١٤- د / عبد الوود يحيى: الموجز فى النظرية العامة للالتزام " أحكام الالتزام " ط دار النهضة العربية.

١٥- د / عمر السيد احمد عبد الله: المدخل لدراسة القانون ط الثقافة العربية.

١٦- د / فريد عبد المعز فرج دار النهضة العربية.

١٧- محمد إبراهيم دسوقي: القانون المدني " الالتزامات " ط ١٩٩٢م.

١٨- د / محمد شتا أبو سعد: التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية ٢٠٠١ م.

١٩- د / محمد شكرى سرور: الأحكام العامة للالتزام ط دار الفكر العربى.

٢٠- د / محمد على عمران:

أ- الوجيز فى شرح أحكام عقد البيع، ط دار النهضة.

ب - الوجيز فى آثار الالتزام ط ١٩٨٤ م.

٢١- د / محمد لبيب شنب:

أ- أحكام الالتزام، بدون تاريخ.

ب- شرح قانون العمل، ط دار النهضة.

٢٢- د / مصطفى الجمال: مصادر الالتزام ط دار المطبوعات الجامعية.



ثامناً: رسائل علمية وأبحاث:

١- الشيخ احمد إبراهيم: العقود والشروط والخيارات مقال بمجلة القانون والاقتصاد - السنة الرابعة - العدد السادس ط فتح الله إلياس وأولاده.

٢- د / أحمد إبراهيم حسن: بحث بعنوان الأصول الرومانية لفكرة الشرط الجزائي ط دار المطبوعات الجامعية.

٣- د / جمال الدين محمود: سبب الالتزام وشرعيته دراسة مقارنة، دكتوراه بكلية الحقوق القاهرة ١٩٦٩ ط دار النهضة.

٤- د / حسنى محمد احمد جاد الرب: التعويض الاتفاقي عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى" رسالة ماجستير نوقشت بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة ٢٠٠١ م.

٥- د / زكى الدين شعبان:

أ- نظرية الشروط المقترنة بالعقد فى الشريعة والقانون رسالة حصل مؤلفها على شهادة العالمية من درجة أستاذ فى الفقه الإسلامى نوقشت ١٩٤٥ م ط لولى ١٩٦٨ دار النهضة.

ب- الشروط الشائعة فى المعاملات وأحكامها فى الشريعة والقانون بحث بمجلة القانون والاقتصاد العددان الثالث والرابع للسنة الخامسة والعشرون سنة ١٩٥٥م.

ج - الشرط الجزائى فى الشريعة والقانون بحث بمجلة الحقوق وللشريعة السنة الأولى - العدد الثانى بالقاهرة، ١٣٩٧هـ، ١٩٧٧م.



٦- د / سليمان محمد أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي دكتوراه
نوقشت بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٩٨٥ م ط السعادة.

٧ - د / صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان الأستاذ بجامعة محمد بن
سعود الإسلامية، بحوث فقهية في قضايا معاصرة ط دار العاصمة.

٨ - العقيد القيم طلال المهتار: البند الجزائي في القانون المدني وهي
أطروحة دكتوراه جامعية نوقشت بتاريخ ١٤ حزيران ١٩٧٤ م.

٩ - الشيخ عبد العزيز باز الشيخ إبراهيم بن أحمد آل الشيخ وغيرهم:
الشرط الجزائي ضمن أبحاث هيئة كبار العلماء مكتبة السنة ١٤١٤
هـ / ١٩٩٤ م.

١٠ - د / عبد المحسن سعد الروشيد " الشرط الجزائي في الفقه
الإسلامي، رسالة دكتوراه نوقشت في حقوق القاهرة ١٩٨٣ م.

١١ - د / محمد سليمان الأثبقر، أ/ ماجد محمد أبو زخية، د / محمد
عثمان شبير: بحوث في قضايا اقتصادية معاصرة

١٢ - د / محمد شتا أبو سعد:

أ- الشرط كوصف للنراضى دراسة مقارنة رسالة دكتوراه نوقشت بكلية
الحقوق ١٩٨٠ م

ب- إعمال الشرط الجزائي في القانون المدني المصري والمقارن بحث
بمجلة القانون والاقتصاد العدد ٦٢ - ١٩٩٢ م

١٣ - د / محمود جمال الدين زكي: اتفاقات المسؤولية بحث بمجلة
القانون والاقتصاد، العدد الثالث السنة الثلاثون ط جامعة القاهرة

١٩٦٠ م



- ١٤ - د / وجدى عبد الواحد على عبد الواحد: التعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام نقدى فى التشريعات العربية مقارناً بأحكام الشريعة الإسلامية نكتوره فى الحقوق سنة ١٤١٨ هـ / ١٩٩٧ م.
- ١٥ - د / هاشم عبد المقصود سعد: نظرية حرية العقود والشروط فى الفقه دراسة مقارنة بالتشريع الوضعي: نكتوره نوقشت بكلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٨٩ م.

تاسعاً: الدوريات ومجموعات الأحكام:

- ١ - مجموعة أحكام النقص يصدرها المكتب الفنى لمحكمة النقض بمصر.
- ٢ - مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ إنشائها ١٩٣١ حتى ١٩٩٠ م، للمسبشار أنور طلبية.
- ٣ - مجلة الأحكام العدلية المطبعة الشرقية.
- ٤ - مجلة الحقوق والشريعة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الكويت.
- ٥ - مجلة القانون والاقتصاد يصدرها أستاذة كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- ٦ - المجموعة الرسمية تصدرها وزارة العدل فى مصر.
- ٧ - مجلة المحاماة تصدرها نقابة المحامين فى مصر.
- ٨ - الموسوعة الفقهية تصدرها وزارة الأوقاف فى الكويت.